DELLA DAZIONE IN PAGAMENTO

STUDIO

DI

VITTORIO POLACCO

PROF. ORD. DI DIRITTO CIVILE

NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI MODENA

VOL. I.

DRUCKER & SENIGAGLIA | CARLO DRUCKER
PADOVA | VERONA
Libreria all' Università | Libreria alla Minerva

1888

DELLA

DAZIONE IN PAGAMENTO

STUDIO

DI

VITTORIO POLACCO

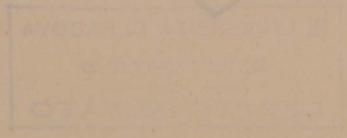
PROF. ORD. DI DIRITTO CIVILE

NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI MODENA

VOL. I.

DRUCKER & SENIGAGLIA
PADOVA
Libreria all' Università

CARLO DRUCKER
VERONA
Libreria alla Minerva

1888

ALLA GLORIOSA

UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

NELL' OTTAVO CENTENARIO

DALLA SUA FONDAZIONE

BIBLIOGRAFIA

Intendiamo qui dare nota delle vere e proprie *monografie* relative al nostro argomento, compiutamente o parzialmente considerato. La scarsità loro gioverà forse a provare l'opportunità della presente, specie se si consideri che non ve n'ha alcuna che ne tratti secondo l'odierno Diritto civile italiano.

Invece saranno citate in corso di lavoro le numerosissime opere d'indole generale consultate, quali i commenti al *Corpus iuris,* od ai codici moderni, o i trattati speciali sulle obbligazioni e su temi affini alla dazione in pagamento, nei quali di essa pure si discorre più o meno a lungo.

Jul. Cæs. Glusiani, Tractatus de bonis in solutum dandis etc. (Milano, Somasco 1620).

Joh. Andr. Frommann, Analysis l. 4 de eviction. materiæ de datione in solutum (Tubingæ, typis Kernerianis 1660).

Wolr. von Brüggen (præs. Werner), Disputatio iuridica inauguralis de beneficio dationis in solutum (Helmestadi, Muller 1660).

Sam. Strykii, De beneficio dationis in solutum, nel

Vol. I delle sue Opere (Francofurti, Wohler 1743) Disp. IX (pag. 166-193) tenuta d. 1. Nov. 1666, respondente NICOLAO MICHÆLE [1]).

HENR. SCHÖNFELD (senza indicazione di preside), Dissertatio inauguralis iuridica de datione in solutum (Altdorffi, Meyer 1693).

GASP. DOMIN. ROMUSSII, Tractatus de datione in solutum, nella raccolta di Trattati di questo Autore pubblicata in Firenze, Gelli 1836-37, ed. 2.ª, T. II., pag. 538-631.

JO. GEORG. KÆMMERER (praes. Becmann), Dissertatio inauguralis iuridica de taxatione et datione in solutum interimistica prædiorum debitoris in concursu etc. (Gœttingæ, Barmeier 1770).

JOH. GOTTFR. AMM. WEIDNER, Die Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungs Statt (Jena, Akadem. Buchhandlung 1799).

J. RUBO, Ueber die Angabe an Zahlungsstatt nach dem allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten. Th. I, Tit. 16, Abschn. 4, nei Jahrbücher für die preussische Gesetzgeb., Rechtswiss. u. Rechtsverwaltung, herausg. von K. A. VON KAMPTZ, XXII Bd. (Berlin 1823), pag. 3-31 inclusive.

GUIL. AD. BLUMENTHAL (senza indicazione di preside), Pauca de datione in solutum, Dissertatio iuridica (Gottingæ, Rosenbusch 1830).

---

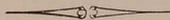
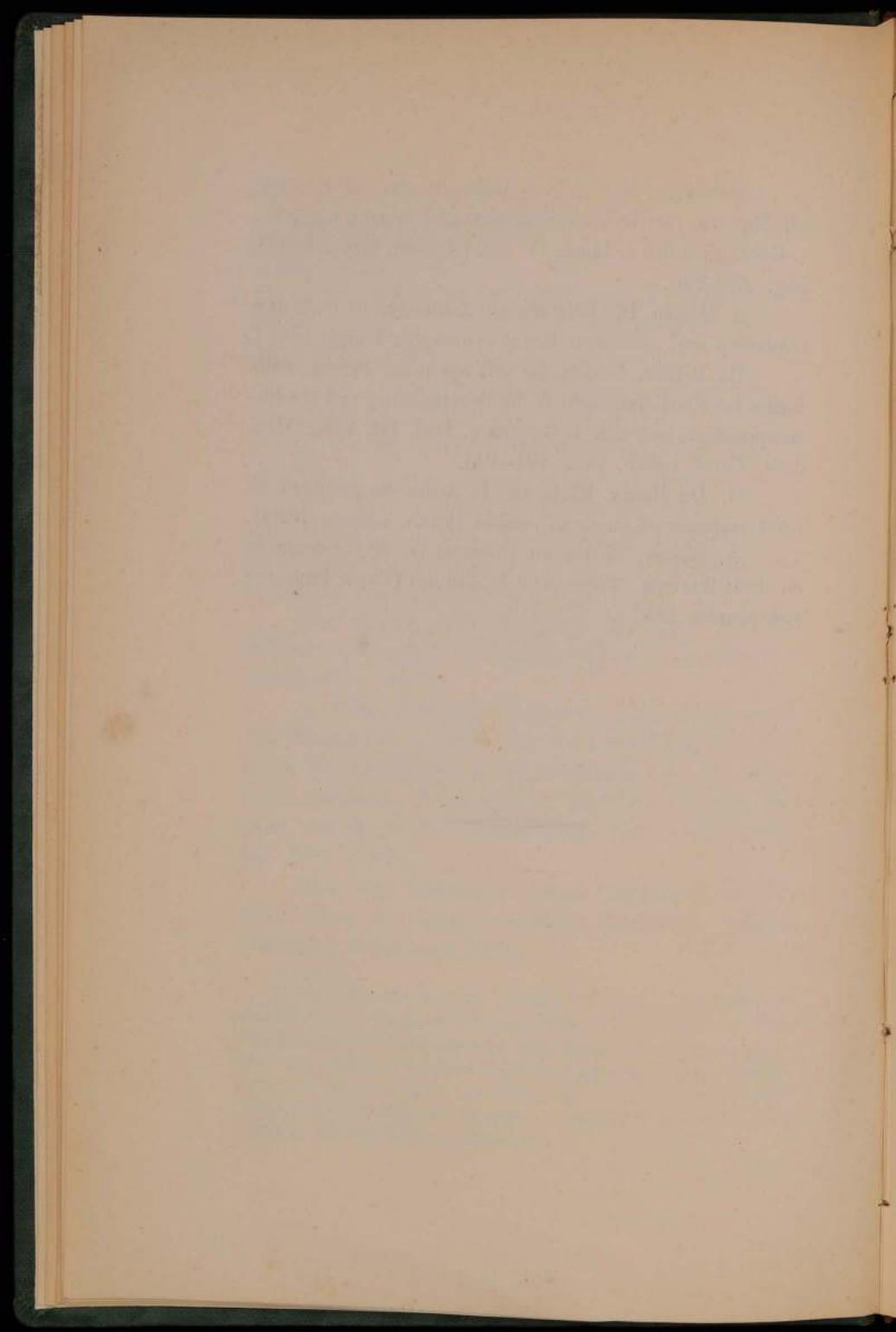
1) Crediamo necessaria, per maggior esattezza, l'indicazione del rispondente avuto riguardo alla seguente dichiarazione premessa dallo *Strykio* stesso alle *Disputationes*: «Hoc tantum monendus es, lector »Benevole, indulsisse me Nobilissimorum auditorum genio et ingenio, »quo, quid sentirent libere exponerent, nec in mea iurarent verba. »*Unde nolim me auctorem omnium sententiarum in his Dissertationibus comprehensarum æstimes*».

Marezoll, Nov. 4, c. 3 Ueber die datio in solutum, nel Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung del v. Grolman e del v. Löhr, IV. Bd. (Giessen, Heyer 1844), pag. 230-246.

R. Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht (Tübingen, Laupp 1866).

H. Witte, Recensione sull'opera del Römer, nella Kritische Vierteljahrsschrift für Gezetzgebung und Rechtswissenschaft, herausg. v. Bekker u. Pözl, Bd. VIII. (München, Cotta 1866), pag. 481-493.

G. De Berly, Étude sur la dation en paiement en droit français et en droit romain (Paris, Lahure 1884).

A. Bisson, Dation en paiement en droit romain et en droit français, Thèse pour le doctorat (Paris, Imprimeries réunies 1885).

Titolo I.

Generalità. Concetto della dazione in pagamento. Sue specie.

Sommario.

1. Lacuna che presenta il Codice civile del Regno riguardo al nostro tema e sua gravità, attesa l'importanza della dazione in pagamento.
2. In quanto si possa parlare di un'origine storica della dazione in pagamento. Si confuta l'opinione del Glusiano e del Cuiacio in riguardo al Diritto romano.
3. Enunciazione degli elementi, donde risulta il concetto della dazione in pagamento.
4. I. *La dazione*. Ampio significato della parola.
5. II. *La dazione deve seguire a titolo di pagamento.*
6. Corollario concernente la natura del rapporto obbligatorio.
7. Casi in cui può sorgere dubbio se la dazione si effettui *solvendi causa.*
8. III. *Diversità fra la res data e la res debita.* Posizione della ricerca.
9. Criterî donde risulta la varietà d'oggetto fra due o più prestazioni in generale. Differenza fra le obbligazioni di dare e quelle di fare in ordine al soggetto che eseguisce la prestazione.
10. Distinzione fra obbligazioni di fare o di dare relative ad un genere e obbligazioni di dare relative ad una *species*. Quando anche in quest'ultime il mutamento nelle qualità determinanti importi il concetto dell'*aliud pro alio.*

10\. *bis*. Diversità sostanziale di oggetto che non esclude l'identità della prestazione.

11. La diversità deve concernere l'oggetto immediato della prestazione.
12. Principio fondamentale per decidere quando si abbia dazione in pagamento, supposta la varietà di prestazione nel senso sopra dichiarato.
13. Riassunto e conseguente esclusione di alcuni casi dal concetto di dazione in pagamento. In particolare delle donazioni rimuneratorie.
14. Distinzione fondamentale delle dazioni in pagamento in volontarie e necessarie. Transizione al Titolo seguente.

1. Il presente studio è diretto ad illustrare quel modo di estinguere le obbligazioni, che consiste nella prestazione di una cosa diversa dalla *res debita*. Tale modo

di estinzione non figura fra quelli enumerati nell' Art. 1236 e partitamente svolti [1]) nel Capo IV del Titolo IV, Libro III del Codice; lacuna che, se non è la sola, è certo però la più grave fra quante ivi si notano, sia per essere questa causa di estinzione possibile in tutte le obbligazioni, il che non può dirsi di altre pure onorate di particolare ricordo, sia per la molteplicità delle forme che la dazione in pagamento può assumere. Molteplicità di forme che arriva anzi a tal punto, da far ritenere a qualcuno inclusi nel concetto di dazione in pagamento, come la specie nel genere, altri dei modi di estinzione, che pure il legislatore italiano ha enunciati e trattati a parte, come sarebbero la novazione [2]) o la compensazione [3]). Non è questo il momento di esaminare siffatte teorie: basti l'averle accennate, perchè più efficacemente risulti il lamentato difetto. Il prussiano invece è, fra i codici civili vigenti, quello che merita lode, per avere trattato con ampiezza della dazione in pagamento, in una Sezione apposita del Titolo relativo ai *modi di cessazione dei diritti e delle obbligazioni* [4]).

Così vasta è la sfera in cui opera la dazione in paga-

---

1) Meno la prescrizione, di cui al Titolo XXVIII del Libro III.

2) Cfr. specialmente FADDA, *Sulla dottrina della novazione, Appunti di Diritto romano* (Cagliari, Timon 1880) § 54, pag. 146-150 e § 101, pag. 305-308. Ma veggasi pure in questo senso RÖMER, *Die Leistung an Zahlungsstatt* (V. Bibliografia), § 3, pag. 23.

3) Taluno soltanto quella convenzionale, altri anche la legale. V. in proposito EISELE, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht* (Berlin, Weidmann 1876), pag. 231 e segg.

4) *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, I Theil, 16 Tit., 4 Abschn. §§ 235-250 incl. « *Von der Angabe an Zahlungstatt* », mentre in una Sezione affatto distinta, cioè nella 2.a del Titolo stesso, si tratta del pagamento « *Von der Zahlung* ».

mento, da trovarla persino, in un certo senso, nel dominio del Diritto punitivo. Il quale infatti pare consideri l'espiazione della pena come l'adempimento di un' obbligazione [1]) che può soddisfarsi mediante *aliud pro alio,* alloraquando sancisce che chi è condannato ad una pena pecuniaria e non la soddisfa possa scontarla invece col carcere, di cui si commisura la durata sull'ammontare della multa dietro un ragguaglio fisso [2]). Ciò occorre in tanto più larga scala, quanto più addietro si risale nella storia, e specialmente in quei periodi, in cui la pena, più che verso la società, era un debito verso l'offeso. « NI CUM EO PACIT *talio esto* », stabiliscono per esempio le XII Tavole. Il che equivale a dire che l'oggetto dell'obbligazione, contratta dall' offensore verso l'offeso, era la perdita di quel membro, cui doveva applicarsi il taglione, ma che potevano le parti convenire sulla prestazione di un oggetto diverso, cioè di un'ammenda [3]). Parimenti è ovvio che le composizioni del Diritto barbarico erano altret-

---

1) Contratta col reato verso il corpo sociale.

2) Art. 67 del Codice penale Sardo del 1859. La multa nel caso di non effettuato pagamento si commuta nel carcere col ragguaglio di lire tre per ogni giorno, purchè non ecceda i due anni; l'ammenda nel carcere col ragguaglio di lire due per giorno, purchè non ecceda i giorni quindici.

3) Il concetto di *datio in solutum* è ravvisato a questo proposito anche dal VOIGT, *Die XII Tafeln* (Leipzig, Liebeskind 1883) T. I, § 57, pag. 561-562. *Ni cum eo pacit;* trattasi dunque di una *datio in solutum* (ammenda *pro talione*) *volontaria,* che avviene cioè dietro accordo del creditore (l'offeso) e del debitore (il reo). In seguito potè essere anche *necessaria,* cioè ordinata dal giudice benchè difettasse simile accordo. Ce lo attesta AULO GELLIO, *Noct. att.* (Venet. Gryfio 1550) Libro XX, Cap. I, pag. 539 «Si reus qui depacisci noluerat, iu»dici talionem imperanti non parebat, æstimata lite iudex hominem »pecuniæ damnabat».

tante *dationes in solutum:* obbligato a soggiacere alla privata vendetta, il reo prestava in sua vece il widrigildo.

2. Di frequente accade che, nel trattare della dazione in pagamento, si pensi esclusivamente all'ipotesi di un debito di danaro estinto con un determinato oggetto o del debito di una *species* estinto con una somma di danaro [1]), precisamente come ai soli debiti di danaro si riferisce nel linguaggio comune la parola *pagamento*, che veramente significa prestazione di qualsiasi oggetto dovuto [2]). Ma sarebbe errato il limitare così il concetto della dazione. La quale infatti ha luogo sempre che venga prestata una *cosa* diversa da quella dovuta: «*si quis* ALIAM »REM *pro alia solverit*» [3]), ed è troppo noto quanto esteso

1) Solo queste ipotesi, ed anzi più particolarmente quella di una *species* data *pro pecunia*, sembra, per esempio, avesse presenti il ROMUSSI, quando definiva nel modo che segue la *datio in solutum* «Est autem i. s. d., ut plerisque placet quædam remissio, quæ a de»bitore de re propria fit creditori ut ex ea illi satisfiat, dominiumque »ab illo in hunc transeat, traditione accedente, nisi aliter actum »sit». (*Tractatus de d. i. s.* (V. Bibliografia) Pars I. Disc. I, n. 1, pag. 538. Altrimenti non avrebbe detto ch'è una *remissio quæ de re propria fit creditori*, il che si attaglia anche al pagamento oltrechè alla dazione in pagamento, ma avrebbe accentuato che questa *res* dev'essere diversa da quella dovuta. Egli nol fece, perchè gli parve appunto già indicata questa diversità di oggetto parlando di *res*, contrapposta in pensiero suo alla *pecunia*. Inoltre la ristrettezza di quella definizione apparisce dal fatto che vi si parla di *traditio*, inapplicabile per verità quando non si dà *in solutum* una cosa materiale, ma *pro debito* si presta, per esempio, un fatto.

2) Dicasi lo stesso del francese *paiement* e del tedesco *Zahlung* da *zahlen*, numerare (*numerata pecunia*). Tantochè il cit. *Allgem. preuss. Landr.* definisce il pagamento «die Erfüllung der Verbindlich»keit des Schuldners durch Geld oder geldgleiche auf jeden Inhaber »lautende Papiere» I Th., 16 Tit., 2 Abschn., § 28.

3) l. 46, pr. D. de solut. et liberat. 46.3.

sia il significato della parola cosa «*res*». «Rei appellatio »latior est quam pecuniæ», dice la l. 5 D. de verb. signif. 50. 16; e la l. 23 ibid. «Rei appellatione et causæ » et *iura* continentur». Riserviamo ad altro punto la specificazione di questo principio. Qui meritava accennarlo per la sua attinenza con l'origine storica della *datio in solutum*. Questa origine storica infatti, se vero fosse il concetto da noi testè eliminato, non potrebbe farsi risalire più addietro di quel periodo della vita economica dei popoli, in cui cominciò l'introduzione della moneta. Così invece essa può riportarsi al periodo originario dello scambio in natura, nel quale poi ben tosto e ben di frequente sarà occorso che, al momento di adempiere l'obbligazione trovandosi mutati i rispettivi bisogni, le parti mutassero l'oggetto mediante cui soddisfarli.

Eppure (strano a dirsi) vi ha chi ritiene che nell'antico Diritto romano siasi dubitato, se si potesse estinguere un' obbligazione dando, pur consenziente il creditore, *aliud pro alio*, e che solo nell'età imperiale questo principio sia stato definitivamente riconosciuto. Scrive infatti il Glusiano: «Olim dubitatio fuit an ipso creditore etiam vo- » lente aliud pro alio solvi posset, ita ut liberatio contin- » geret: necesse enim fuit Imperatori legum latori hanc » controversiam lege lata dirimere; hinc illa in Codice de » rescind. vendit. l. *pretii causa non pecunia numerata* » *sed pro ea pecoribus in solutum datis consentienti, con-* » *tractus non constituitur irritus*» [1]. Ma dalla legge, testualmente qui riportata dal *Glusiano*, [2]) non mi

1) Glusiani, *Tractatus de bonis in solutum dandis, etc.* (V. Bibliografia), Cap. VI, n. 92, pag. 36.

2) l. 9 Cod. de rescind. vendit. 4.44.

pare affatto si possa dedurre, come fa quell' Autore, che siasi in antico dubitato sull'ammissibilità della *datio in solutum* pur concorrendovi la volontà delle parti. Osservo intanto che quella legge è di Diocleziano e Massimiano, e viene precisamente posta dal Hermann fra il 294 e il 305. Ora come dire che fu essa a togliere il dubbio se si potesse dare *aliud pro alio,* pur annuente il creditore, mentre già prima ciò era stato affermato da Paolo e da Ulpiano?

Paolo, *l, 2, § 1, D. de reb. cred. 12. 1.*

«Aliud pro alio *invito creditore* solvi non potest» donde si argomenta già con buona ragione *a contrariis;*

Ulpiano, *l. 1, § 5, D. de pec. constitut. 13. 5.*

«An potest aliud constitui quam quod debetur, quæ-»situm est; sed *quum iam placet rem pro re solvi posse,* »nihil prohibet et aliud pro debito constitui. Denique si »quis centum debens, frumentum eiusdem pretii constituat, »puto valere constitutum».

Quindi se il *rem pro re solvi posse* era massima ricevuta al tempo di Ulpiano, non si può ammettere che Diocleziano si trovasse nella necessità di risolvere, con la precitata sua costituzione, un dubbio tuttavia esistente in proposito. Quella costituzione è diretta a decidere una questione ben diversa, se cioè una vendita, della quale è noto essere elemento essenziale il prezzo in danaro [1]), diventi *come tale* irrita, cioè degeneri in contratto di altra natura, se poi, in luogo del danaro pattuito come prezzo, si danno altre cose *(pecora).* Ma la possibilità invece di

1) «Pretium in numerata pecunia consistere debet» Gai. III. 141 e § 2 Inst. de emt. et vendit. 3,23, ov' è parola altresì del dissenso corso in proposito fra Sabiniani e Proculeiani. Cfr. pure l. I. § I. D. de contrah. emt. 18.1.

sostituire queste cose alla pattuita pecunia non vi cade nemmeno in discussione.

Ciò che più stupisce è che anche il sommo CUIACIO mostri di credere che un tempo il principio *volenti rem pro re solvi posse* non fosse riconosciuto. Ecco ciò che egli scrive [1]: «Et ut non poterat aliud pro alio solvi, »veluti frumentum pro nummis, quo exemplo utitur § an »potest [cioè la l. 1, § 5. D. de pec. constit. 13. 5], ne »volenti quidem, ita nec constitui. Sed hodie potest, hodie »iam placet posse aliud pro alio solvi et consequenter »constitui inter volentes».

Come si vede, il celebre Tolosano si vale di quel medesimo passo, che invece noi abbiamo creduto bene di adoperare contro l'assunto del *Glusiano*. E se egli ne trae quelle conclusioni, gli è perchè vi legge ciò che in realtà non vi sta scritto. Infatti il punto ivi discusso è se si possa addivenire ad un *costituto di debito*, mutando l'oggetto del debito stesso, e lo si decide affermativamente per analogia dal pagamento, dove *iam placet rem pro re solvi posse*. È curioso dunque che proprio da un passo, dove si invoca *come universalmente accolto* questo principio, e ben altro dubbio si esamina, abbia potuto il Cuiacio dedurre che questo principio era stato un tempo controverso. Credo di appormi al vero asserendo che ciò gli accadde per aver egli attribuito alle parole «*cum jam placet* etc.» il seguente significato: poichè *è ammesso oramai* (il che realmente farebbe supporre che non lo fosse un tempo) potersi dare in pagamento una cosa in luogo di un' altra: senonchè il *iam* non significa ivi *oramai*,

1) Sulla *l. 2*, §. *Mutui datio* (*1*), *D. de reb. cred.*, *Comment. in Lib. XXVII Pauli ad Edictum;* nel Tomo V delle sue Opere, edizione di Modena, 1777, col. 389 D.

ma soltanto è posto per dare risalto alla perfetta applicabilità dell'argomento analogico. Paolo intese di dire: perchè non ammettere l'*aliud pro alio* nel costituto, dal momento *già* che è indiscusso potersi pagare *aliud pro alio*?

Concludiamo. Nessun passo dimostra, e non è del resto nemmeno razionalmente ammissibile, che siavi mai stata un' epoca, in cui non reggesse la massima *volenti rem pro re solvi posse*. Ciò appartiene, come direbbe il Gabba [1]), al novero di quelle evidenze del senso comune, a cui la scienza non può contraddire.

3. Scindiamo ora la dazione in pagamento nei suoi elementi costitutivi, perchè ne risulti chiaro il concetto. Questi elementi sono tre. Occorre cioè 1) Che si effettui una dazione — 2) Che la si effettui a titolo di pagamento — 3) Che ci sia diversità fra la *res data* e la *res debita*.

4. I. *Concetto di dazione*. Nel nostro tema la parola *datio*, dazione, non va presa nel senso tecnico romano, per cui significa soltanto trasferimento di proprietà o costituzione di diritti reali. A vero dire l'espressione *datio in solutum* non ricorre nelle fonti, ma è dovuta alla scuola; in Diritto romano troviamo usate a seconda dei casi, le espressioni *in solutum dare* [2]), *in solutum tradere* [3]), *in solutum accipere* o *suscipere* [4]), *pro so-*

---

1) *Questioni di Diritto civile* (2.ª edizione, Torino, Chiantore 1885), pag. 118.

2) l. 5 D. ad Sc. Vell. 16.1: l. 45, pr. D. de solut. 46.3; l. 4 Cod. qui bon. ced. poss. 7.71; l. 10 Cod. de solut. 8.43; l. 8 Cod. de sent. et interlocut. 7. 45.

3) Cit. l. 8 Cod. de sent. et interlocut. 7.45.

4) l. 15 D. quib. ex caus. in poss. 42.4; l. 4, § 31, de dol. mal. et met. exc. 44.4; l. 16 Cod. de solut. 8.43.

luto dare [1]) *rem pro re solvere* [2]) *aliud pro alio solvere* [3]), delle quali espressioni solo le due ultime rappresentano il concetto in questione nella sua generalità, stante l'esteso significato di *res* [4]) e di *solvere* [5]). La parola *datio* adunque, oltrechè il *dare* in senso proprio, comprende qui qualunque altro genere di prestazione, atta a cadere in obbligazione e conseguentemente ad estinguerne una, che aveva un oggetto diverso. Può dunque essere cessione di crediti, prestazione di opere e più in generale un *facere* od un *non facere*. Osserviamo del resto che nello stesso Diritto romano, se non proprio in relazione al nostro tema, in altri incontri però si trova assegnato al *dare* una significazione così estesa: così nelle espressioni *condictio causa data causa non secuta, condictio ob rem dati, condictio ob causam datorum* [6]), come viceversa si adoperava talvolta la parola *facere* in

1) l. 24 pr. D. de pignor. act. 13.7; l. 4 Cod. de evict. 8.45.

2) l. 1, § 5. D. de pec. const. 13.5.

3) Gai. III, 168; pr. Inst. quib. mod. obl. toll. 3.29; l. 2, § 1, D. de reb. cred. 12.1.

4) V. sopra n. 2 pag. 11.

5) « Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam »placet» l. 176, D. de verb. signif. 50. 16. cfr. colla l. 47, eod. «So»lutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo fac»tam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad num»morum solutionem» l. 54, D. de solut. et liberat. 46.3. Cfr. su tutto ciò RÖMER *Op. cit.*, § 1. pag. 1-2.

6) Cfr. DE BERLY, *Étude sur la dation en paiement en dr. fr. et en dr. rom.* (V. Bibliografia), pag. 17-18. Completiamo, giacchè l'argomento lo porta, ciò che riguarda la terminologia, notando che nelle fonti è usata talvolta l'espressione *compensare* per *in solutum dare*. V. l. 39 D. de pignor. act. 13.7; l. 1, § 3. D. de pign. et hypoth. 20. 1; l. 6 Cod. de rei vindicat. 3.32. Cfr. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation*, 2. Aufl. (Heidelberg, 1868), § 3 pag. 11

senso così lato, da comprendere anche il *dare* [1]), del che troveremmo ancora un esempio nel nostro Codice all'Articolo 1129.

5. II. La *datio*, intesa nel modo testè dichiarato, *deve seguire a titolo di pagamento*. Epperò fin dapprincipio dicemmo ch'essa è un modo di estinguere le obbligazioni. E come *pagamento* è concetto generico, che si applica alle obbligazioni tutte [2]), così anche della dazione in pagamento sarà luogo a discorrere, derivi l'obbligazione da contratto o da quasi contratto, da delitto, o da quasi delitto o dalla legge.

Il dire che la *datio* deve seguire a titolo di pagamento presuppone che vi possano essere dazioni anche ad altro titolo. Tocchiamo dunque in generale di queste varie cause di dazione, perchè meglio risulti quando si abbia quella in pagamento.

Nel suo ottimo studio sulla *novazione* il Gide dichiara che una dazione è fatta sempre *solvendi* o *credendi* o *donandi animo* [3]). Ora io noto che da noi più generalmente può dirsi, specie avendo riguardo alla dazione in istretto senso, che consiste nella prestazione di un oggetto e non di

---

1) «Verbum *facere* omnem omnino faciendi causam complecti»tur, *dandi*, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi, » l. 218, D. de verb. signific. 50.16.

2) «Tollitur autem *omnis obligatio* solutione eius, quod debetur». pr. Inst. quib. mod. obl. toll. 3.29. Cfr. pure Art. 1236 Cod. civile del Regno.

3) *Étude sur la novation et le transport de créances en Droit romain* (Paris, Larose 1879), pag. 395: «Quelque variées que puissent »être, dans les rapports compliqués de la vie civile, les causes pour »lesquelles on aliène et l'on acquiert, on s'engage et l'on stipule, »elles se ramènent toutes à ces trois idées, *solvere, credere, do»nare*».

un fatto, e salvo poi il caso eccezionale di donazioni manuali [1]), che queste cause di dazione sono due, il *solvere* ed il *contrahere*. Escludo infatti la *datio donandi causa*, perchè la donazione dev' essere fatta per atto pubblico (Art. 1056), avvenuto il quale e seguita, pure per atto pubblico, l'accettazione (Art. 1057), la donazione è perfetta, ed è essa che ingenera poi per il donante l'obbligazione di dare le cose donate, sicchè anche qui la *datio* segue *solvendi causa*.

Accertato dunque che le dazioni si fanno o *solvendi* o *contrahendi causa*, soltanto le prime cadono sotto i nostri riflessi. Deve cioè preesistere un rapporto obbligatorio, *ad estinzione* del quale si effettui la *datio*. Siamo quindi fuori del nostro campo, se si dà una cosa piuttosto che un' altra nella *costituzione* del rapporto, se, per esempio, dopo avere per lungo tempo contrattato sull' oggetto *a*, si finisce poi coll' accordarsi intorno all' oggetto *b*; così pure nel caso di costituzione di rendita perpetua *per prezzo* d'alienazione di immobili (Art 1780), dove l'*aliud pro alio* (rendita in luogo del prezzo capitale) è *contestuale* al sorgere del contratto, è anzi la condizione essenziale perchè sorga quella forma speciale di alienazione, che chiamasi costituzione di rendita fondiaria (Art. 1781, capov.).

6. Conseguenza di ciò è che, mentre il dare l' una cosa invece di un' altra nella costituzione del rapporto obbligatorio può far sì che si passi da una ad altra categoria di atti, come nell' esempio testè accennato, dove dall' ordinario contratto di vendita si passa alla rendita

---

1) Sulla cui validità del resto, in Diritto nostro, ci sarebbe forse a stretto rigore da discutere. Cfr. il bel lavoro del CHIRONI, *Sulla validità dei doni manuali* (Siena, Torrini 1885).

fondiaria, rimane invece inalterata la natura dell'originario rapporto quando l'*aliud pro alio* si dà *solvendi causa*. Se, per esempio, dopo stipulata una vendita, il compratore anzichè il prezzo stabilito dà al venditore un oggetto proprio, il contratto non si trasforma per ciò in permuta, perchè non è colla numerazione del prezzo, ma col puro consenso che la vendita si perfeziona [1]. A ciò si riferisce, com'ebbi già occasione di notare (V. n. 2, pag. 12), la l. 9 Cod. de rescind. vendit. 4.44 e il principio stesso fu espressamente dichiarato nel Progetto della Commissione preparatrice (*vorbereitende*) di una *Legge federale germanica sulle obbligazioni* [2].

7. Fermo il principio che di dazione in pagamento può parlarsi solo in quanto la prestazione avvenga *solvendi* e non già *contrahendi causa*, potrà in taluni casi, almeno di fronte alla scienza, sorgere il dubbio se una determinata prestazione sia precisamente diretta al *contrahere* ovvero al *solvere*. Così, per esempio, nella moderna dottrina è vivamente discusso se il mutuo debba riguar-

---

1) «Sine pretio nulla venditio est, *non autem pretii numeratio*, »*sed conventio perficit emtionem*». l. 2, § 1, de contrah. emt. etc. 18.1.

2) Art. 407 «Werden, nachdem der Verkaufer einen Preis in »Geld gefordert hat, andere Sachen unter einem Geldanschlage ver- »sprochen, *oder nimmt der Verkäufer nachdem der Preis in Geld* »*bestimmt worden ist, statt desselben andere Sachen unter einem* »*Geldanschlage an*, so ändert dies die Natur des Vertrags nicht». A torto, come cercheremo di mostrare a suo luogo, la Commissione generale deliberava, nella sua 122.ª Seduta, di sopprimere quell'Articolo come superfluo, quasi incluso in altre dichiarazioni del Progetto sulla dazione in pagamento. (*Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgem. deutsch. Obligationenrechtes*, Vol. III (Dresden, 1864), pag. 1710). Avrebbesi dovuto invece modificare l'Articolo in modo da renderlo applicabile, con l'uso di espressioni più generiche, a tutti i contratti e non solamente alla vendita.

darsi come contratto reale nel senso romano, sicchè la dazione delle cose mutuate sia quella che lo pone in essere, o se vada invece considerato al pari della vendita, della locazione, ecc., come contratto consensuale, nel senso che la predetta dazione non sia se non l'adempimento da parte del mutuante del contratto di mutuo già esistente per il semplice accordo fra mutuante e mutuatario [1]. Non è compito nostro il discutere siffatta questione: ci basterà notare come questa seconda maniera di considerare il mutuo, giudicata da taluno, come per esempio dal LAURENT [2], contraria addirittura al buon senso e all'intima natura delle cose, abbia tuttavia trovata accoglienza nel pregiato *Codice federale Svizzero delle obbligazioni* del 14 Giugno 1881 [3], nel quale il mutuo conseguentemente è definito siccome «un contratto » *per cui il mutuante si obbliga a trasferire* al mutua» tario la proprietà di una somma di danaro o di altre » cose fungibili, *e questi a restituirgli* cose della stessa » specie in eguale qualità e quantità». (Art. 329). — È altrettanto certo che il Codice nostro prende invece il mutuo come contratto che *re perficitur*; lo definisce in-

---

1) Su ciò V. ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels-See- und Wechselsrechts*, III Bd., II Halbb., II Abth., Buch III, Abschn. II, § 427, *Darlehn* 6, specialmente per la ricca bibliografia sull'argomento, alla quale *adde* ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, Vol. II (3.ª ediz. Bologna, Fava e Garagnani 1880), § 232, nota 6. pag. 105 e GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel Diritto moderno italiano* (2.ª ediz., Firenze, Cammelli 1885), Vol. III, n. 29, pag. 32-34 e n. 147 pag. 143-144.

2) *Principes de droit civil*, T. XXVI (Bruxelles, Bruylant Cristophe 1878), n. 453, pag. 460 e nn. 486, 487, pag. 498-503.

3) Edizione della *Rassegna di Diritto commerciale italiano e straniero* (Torino, Bona 1884), pag. 32.

fatti «un contratto *per cui una delle parti consegna* al- » l'altra una data quantità di cose *coll'obbligo nell'ul-* » *tima di restituire* altrettanto della medesima specie e » qualità di cose». (Art. 1819, analogo all'Art. 1892 Cod. francese); epperò non colloca la dazione delle cose stesse fra le obbligazioni del mutuante (Art. 1824-1827; Art. 1898-1901 Cod. fr.). Ciò stante, se Tizio conviene con Caio di mutuargli del danaro, e poi in luogo del danaro gli consegna del frumento, diremo aversi nel mutuo una *datio in solutum* in Diritto svizzero, non in Diritto italiano (o francese), perchè secondo quello la dazione da parte del mutuante avviene *solvendi*, secondo questo *contrahendi causa* [1]).

8. III. *Occorre ci sia diversità fra la res data e la res debita.* Qui dobbiamo esaminare due punti: 1.) Quali

---

1) Già prima del citato Codice federale delle obbligazioni, il Codice di Zurigo, benchè definisse il mutuo nel senso di un contratto reale (§ 1108) avea mostrato di rivolgere specialmente le sue statuizioni alla *promessa di mutuo*, così definita ivi al § 1109 «Der » Vertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet einem Andern eine » Summe Geldes darzuleihen, ist ein Darlehnsversprechen, und ver- » pflichtet den künftigen Darlehnsgläubiger zur rechtzeitigen Hingabe » der genannten Summe». E in conseguenza nella Sezione relativa ai requisiti del mutuo (*Erfordernisse des Darlehns*) comincia col disporre al § 1113: «Ist ein Gelddarlehen versprochen, so darf dem » Borger nicht statt Geld Waare gegeben und verrechnet werden. » Ist dies dennoch geschehen, so ist der Empfänger daraus nur zur » Rückgabe der noch vorhandenen Waare, und im Fall sie nicht mehr » vorhanden ist, zur Zahlung ihres Kaufwerthes verbunden.» (*Privatrechtl. Gesetzgeb. für den Kanton Zürich, herausg. von* BLUNTSCHLI (Zürich, 1855), III Bd., I Abth., p. 146, 147, 150. Ma con siffatta disposizione, anche se per avventura provvida contro l'usura, siamo fuori addirittura del contratto di mutuo, il quale è ivi denaturato. Ciò riconosce anche lo ZEILLER nel commentare l'analogo § 991 del Codice civile austriaco. Questo § suona «Se in luogo di danaro si

sono in generale i criterî, dietro cui decidere che una prestazione differisce da un' altra – 2.) Quando questa diversità di prestazioni nell' atto del pagamento costituisca *dazione in soluto.*

9. In senso ampio può dirsi che l' oggetto della prestazione è cambiato, quando avvenga un' alterazione qualsiasi nei riguardi di essa, non solo cioè se si sostituisca una cosa ad un' altra, ma anche se le cose stesse dovute si prestino in quantità [1]), o in tempo [2]), o in luogo, o più generalmente in modo diverso da quello, che sarebbe richiesto perchè l' obbligazione si potesse dire esattamente adempiuta. Senonchè nel tema nostro questo mutamento va inteso limitatamente alla quiddità dell' oggetto.

Non vi ha dubbio intanto ch' esso ha luogo quando si passa da una ad altra delle due grandi categorie, in cui possono distinguersi tutte le prestazioni, cioè dal dare

---

» diedero a mutuo un chirografo privato, o merci, il debitore è ob» bligato soltanto a restituire il chirografo o le merci ricevute non » danneggiate, o ad indennizzare il creditore del danno che questi » provasse.» Lo ZEILLER commenta : « Quegli che riceve, *non con» trae, è vero, l'obbligazione per mutuo*, ma il mutuante ha diritto » di ripetere in natura l' oggetto consegnato nel caso che tuttora » sussista». Comment. sul Cod. civ. univ. etc., trad. del CAROZZI (Milano, Destefanis 1815), T. IV, sul § 991, n. 2, pag. 248.

1) «Der Schuldner der — statt des Ganzen nur einen Theil zah» len will, wenngleich in der Absicht, das Fehlende nachzuzahlen — » *bietet ein aliud pro alio dem Gläubiger an.*» GRUCHOT, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Recht* (Berlin, Vahlen 1871) § 6, pag. 111.

2) Che diventa un tutt'uno colla *quantità*, attesochè «Minus » solvit qui tardius solvit» l. 12, § 1, de verb. signif. 50.16, donde *a contrario*, può dirsi «plus solvit qui citius solvit» Analogamente il § 33 Inst. de act. 4.6 «Qui præmature petit plus petere videtur.»

al fare, o viceversa. Ti debbo, per esempio, una somma, e me ne assolvo rendendoti invece un servigio.

Se poi si resta nella stessa categoria di prestazioni, va notata anzitutto una differenza, in relazione al concetto dell'*aliud pro alio*, fra le obbligazioni di dare e quelle di fare. In queste ultime infatti, qualora trattisi di opere che il creditore ha interesse siano adempiute dal debitore in persona, l'elemento soggettivo si fonde, nella *solutio*, coll'oggettivo, cioè *l'alius pro alio* è già un caso di *aliud pro alio*, essendo certo, per esempio, che presta oggetto diverso dal pattuito lo scultore, il quale fa eseguire da un suo allievo la statua commessagli, anzichè eseguirla egli stesso. Invece nelle obbligazioni di dare l'oggetto non muta per ciò solo che chi le soddisfa è persona diversa dal debitore [1]).

10. Un'altra distinzione ci sembra opportuna nell'argomento che presentemente ci occupa, supposto sempre che non si esca dalla categoria di prestazioni (dare o fare), cui appartiene quella dovuta.

Nelle obbligazioni di fare cioè e nelle obbligazioni di dare relative ad un genere l'*aliud pro alio* può aversi in due guise, o per mutamento sostanziale di oggetto, o per semplice mutamento nelle qualità proprie di esso. Aveva promesso di fare una statua equestre: faccio invece un obelisco (mutamento sostanziale) od una statua a piedi (mutamento di qualità). Aveva promesso di dare cento litri di olio di Lucca, do invece cinque moggia di grano (mutamento sostanziale) o cento litri di olio di Bari (mutamento di qualità) [2]). Quando invece l'obbli-

1) Cfr. Art. 1238, 1239 Cod. Civ.

2) I Signori Championnière e Rigaud, occupandosi delle obbligazioni di dare generiche nel *Traité des droits d'enregistrement* (Bru-

gazione è di dare un corpo determinato (*species*), il concetto dell'*aliud pro alio* non può risultare se non dal fatto che si dia una *species* totalmente diversa da quella ch'era oggetto dell'obbligazione, e non mai perchè mutino talune qualità della *species* promessa. Ti debbo il cavallo *A*: si dirà che l'oggetto del dare è diverso solo quando ti presti in sua vece il cavallo *B*, od una somma di danaro ecc. Che se invece ti do il cavallo *A*, che ti promisi, ma in condizioni diverse da quelle espressamente o tacitamente pattuite (deteriorato, per esempio, o con dei vizî occulti), non per questo si avrà quella sostituzione di oggetto, nella quale si sostanzia la *datio in solutum*, salvi poi gli eventuali diritti di rescissione o di risarcimento in favore del creditore. Ciò perchè nelle obbligazioni di fare o di dare un genere, è con l'atto stesso della prestazione che viene a individualizzarsi l'oggetto,

---

xelles, Meline-Cans 1852), T. II, n. 1786, pag. 127, sostengono invece non aversi *datio in solutum* quando muta soltanto la qualità, pur effettuandosi la prestazione nel genere dovuto. E recano il seguente esempio: « Je me suis engagé envers vous à vous fournir 100 barriques de » vin; vous me libérez moyennant le transport que je vous fais de 100 » hectolitres de froment; il y a dation en payement; le droit de vente » mobilière est dû. Cependant si j'avais fait marché pour 100 barriques » de vin de Bordeaux et que vous voulussiez bien accepter 100 bar- » riques de vin de Bourgogne, il n'y aurait pas dation, parce que la » qualité de vin n'est pas nécessairement déterminante au contrat » et ne change pas la convention dans son essence ». Parmi che questo non sia che un applicare fuor di proposito i criterî che valgono in materia di errore nei contratti. Ma se quivi, attesa la gravità della misura dell'annullamento, si tien calcolo dell'errore solo quando cade sulla sostanza della cosa, non ne viene poi che quello sia altresì l'unico criterio per giudicare se una cosa diversifica realmente dall'altra, e basta far appello al senso comune per convincersi che vino di Borgogna in confronto a vino di Bordeaux è *aliud pro alio*, nè più nè meno del grano in confronto del vino.

mentre in quelle di dare una *species*, esso è individualizzato sin dal principio [1]).

Al fin qui detto però va apportata la seguente limitazione. Anche nelle obbligazioni di dare relative ad una *species* il semplice mutamento di qualità oltre quello di sostanza costituisce un *aliud pro alio*, quando è tale da importare il passaggio da una ad altra categoria di enti. Diamone prima un esempio in relazione ad un debito di genere. Ti debbo cento lire d'argento; fondo cento lire e ti do la massa che ne risulta: la sostanza dell'oggetto è la stessa; pure vi ha *aliud pro alio:* « deficit » enim massæ », lo dirò col De Retes, « forma publica, » *quæ est specificativum aut constitutivum monetæ* . . . . » nec qui materiam solvit dicendus est solvere nummos, » non magis quam si ligna vel tabulas solvat qui navim » vel armarium debet » [2]). Ora io dico che ciò segue anche nelle obbligazioni di dare una *species*. Ti debbo, ad esempio, il ghiaccio della mia ghiacciaia; orbene, lo fo sciogliere e ti do l'acqua che ne risulta. Anche qui il mutamento di qualità (stato liquido anzichè solido) essendo tale da far passare l'oggetto da una ad altra categoria, si avrà quella diversità fra *res data* e *res debita*, della quale stiamo trattando, come di elemento fondamentale nel concetto della *datio in solutum*.

10.[bis.] Viceversa, può darsi che vi sia persino diversità di sostanza fra due oggetti, e che tuttavia, nei

---

1) Su questo argomento, e in particolare sulla prestazione di cose viziate in adempimento di un'obbligazione generica, ci riserviamo a ritornare più innanzi.

2) De Retes. *Opusculorum, L. VII, ad l. 1 D. de contrah. emt. sulle parole publica æstimatio*, Consectarium I, n. 66-67 (nel *Thesaurus* del Meermann, T. VI, pag. 326 (Hagæ Comitum, De Hondt 1753). Avremo occasione di ritornare sull'argomento nel Titolo seguente.

riguardi del pagamento, la prestazione dell'uno non sia giuridicamente cosa diversa dalla prestazione dell'altro. Ciò si applica alla moneta. È certo che, in riguardo alla sostanza, cinque lire d'argento non sono la stessa cosa di uno scudo d'oro; pure nelle obbligazioni di somma, s'io do quelle in luogo di questo, non si può dire ch'io abbia dato *aliud pro alio*. Ma di ciò più a lungo nel Titolo che segue. Qui diremo solo essere questo il caso che il DONELLO esprime dicendo « *alia res intelligitur* » *forma* », in contrapposto ai casi in cui « *alia res in-* » *telligitur specie aut rei iure* » [1]).

11. Finalmente è quasi superfluo il notare che la diversità deve riflettere l'oggetto *immediato* della prestazione. Quindi se, in luogo della somma dovuta, il debitore cede in pagamento un credito di eguale somma, ch'egli professa verso di un terzo, si ha varietà di prestazioni, quantunque in definitiva il creditore (cessionario) miri ad ottenere, per via del credito cedutogli, la somma stessa

---

1) DONELLI, *Commentarior. de iure civili cum notis* HILLIGERI, nel T. IV delle sue Opere (Florentiæ 1842) Lib. XVI, cap. 9, n. 10, col. 766. È chiaro ciò ch'egli intende per mutamento che avviene *specie:* il *Donello* stesso ne reca ad esempio il caso in cui si dia Stico invece di Pamfilo. Quanto poi al mutamento ch'egli chiama *iure rei et translationis*, lo ravvisa nelle obbligazioni di dare allorquando la cosa che si presta, non è propria, ma « *aliena aut pignori* » *obligata aut quæ in ea caussa sit quæ possit evinci* ». Senonchè qui siamo fuori dei termini propri di quella sostituzione di oggetti, della quale si parla nel tema nostro. Infatti o la obbligazione già in origine riferivasi a *quel dato corpo* evincibile, ed è manifesto che quando lo si presta, non si dà *aliud pro alio;* ovvero l'obbligazione è generica, ed allora ugualmente il soddisfarla con un individuo del genere soggetto ad evizione non entra nel concetto di dazione in soluto, per ciò che verrà spiegato infra al n. 12, in relazione appunto alle obbligazioni generiche.

che gli era dovuta. L'oggetto immediato è diverso (*nomen pro pecunia*) e tanto basta [1]).

12. Fin qui, quasi prescindendo dalla dazione in pagamento, abbiamo ricercato in generale quando si possa dire che vi ha diversità di oggetto fra due o più prestazioni. Resta a vedere finalmente quando l' effettuare appunto il pagamento con un oggetto anzichè con un altro, giusta i predetti criterî diverso, importi il concetto di dazione. Non sempre infatti si ha dazione in pagamento per ciò che il debitore dia una cosa in confronto di un'altra; vuolsi piuttosto stabilire la seguente regola, che cioè si ha dazione in pagamento, se la cosa data differisce da quella che *si doveva* prestare, non se differisce da altra, che solo *si poteva* prestare. Epperò resta escluso che si parli di dazione in pagamento nelle obbligazioni alternative per ciò solo, che il debitore dà l' uno piuttostochè l' altro degli oggetti ch'erano *in obligatione* [2]). E per uguale ragione non diremo che effettui una dazione in pagamento il debitore di un genere che dà una piuttostochè altra delle cose comprese nel genere stesso,

---

1) È strano come i signori Championnière e Rigaud nel Supplemento alla citata loro Opera (T. IV, Bruxelles, Bruylant-Cristophe 1858) n. 194, pag. 396, decidano non aversi *datio in solutum, nei riguardi fiscali*, quando il legatario di una somma di danaro viene soddisfatto mediante titoli di credito, abbandonando con ciò quanto avevano ritenuto nel Trattato al Vol. I, n. 1233, pag. 427.

2) Una conferma, se pur ce n'è d'uopo, la danno le fonti romane: 1.98 § 6, D. de solut. et liberat. 46. 3, in fine « At ubi me- » rum factum stipulor, puta insulam in meo solo ædificari aut in Ti- » tii loco, numquid si in Titii loco ædificet, non contingat liberatio? » Nemo enim dixit facto pro facto soluto liberationem contingere. Sed » verius est liberationem contingere *quia non factum pro facto sol-* » *vere videtur, sed electio promissoris completur* ».

potendo anche simile obbligazione raffigurarsi come *alternativa* fra tutti gli individui di quel genere, esclusi soltanto quelli della peggiore qualità [1]).

13. Riepilogando diremo che si ha la *datio in solutum* quando *a titolo di pagamento* si eseguisce una prestazione, o di dare o di fare, avente un *oggetto immediato diverso* da quello ch'era *il solo dovuto* a tenore della obbligazione [2]).

A fortiori dunque di quanto si è detto nel numero precedente rapporto alle obbligazioni alternative, negheremo esservi dazione alloraquando chi ha ricevuta una cosa si obbliga fin dapprincipio a restituire non già la cosa stessa, ma il suo valore, com'è dell'obbligo incombente al marito riguardo alla dote estimata. Qui infatti l'oggetto, mediante cui l'obbligazione si estingue, era *l'unico dovuto*, comunque *diverso da quello*, onde l'obbligazione fu già posta in essere.

Parimenti non si ha dazione in pagamento quando si rinunzia ad un diritto derivante da un dato rapporto giuridico, per conseguirne un altro in dipendenza di un rapporto giuridico diverso, emergendo dalle cose suesposte che il mutamento, che caratterizza la *datio*, concerne soltanto l'oggetto della prestazione, continuandosi a versare del resto nell'originario rapporto obbligatorio. Ep-

---

1) Limitazione che deriva dall'Art. 1248 (comb. coll'Art. 870) del nostro Codice, il quale dunque ha esteso alle obbligazioni derivanti da contratto la norma posta dal Diritto romano solo in riguardo ai legati. Cfr. l. 37, pr., 110 D. de legat. 1; l. 32 i. f. D. de cond. indeb. 12. 6; l. 52 D. mand. vel contra 17. 1.

2) «Deberi autem id proprie videtur quod peti et ab invito exigi » potest», nota CHR. DAURER, *Disput. iurid. de solutione* (Lipsiæ, Bauch 1655), § 19 (pagine non numerate), generalizzando così il disposto della l. 108 D. de verb. significat. 50. 16.

però ci sembra in errore il HEIMBACH, che ravvisa una dazione in pagamento nel caso contemplato dalla l. 26 D. de liberat. leg. 34. 3. [1]). Un tutore morendo lascia un legato al pupillo, a patto ch' egli non eserciti in confronto degli eredi certe ragioni derivanti dalla gestione tutelare. La legge decide che il pupillo, il quale accettò il legato, condizionato in tal guisa, può tuttavia in seguito, restituendolo agli eredi, riacquistare il diritto all' esercizio di quelle ragioni tutelari « quod ei ætatis beneficio indulgendum est ». Orbene il HEIMBACH adduce questo caso come un' eccezione alla regola della irretrattabilità della *datio in solutum*. Essa è invece una eccezione alla ordinaria irretrattabilità dell' accettazione dei legati, mentre, per ciò che si è detto, il parlare qui di dazione in pagamento apparisce affatto fuori di luogo.

Analogamente, sempre pel motivo che ciò che deve variare è unicamente l' oggetto della prestazione e non la natura del rapporto obbligatorio, decideremo che non eseguisce dazione in pagamento chi deve ad altri una somma per servigi ricevuti, qualora gli dia bensì quella somma od altro oggetto in sua vece, ma a titolo espresso di donazione rimuneratoria. Questo punto merita qualche esplicazione.

Va dichiarato anzitutto che non intendiamo parlare del caso, in cui i servigi prestati fossero tali da non dar luogo ad azione per compenso. Benchè infatti da molti antichi Dottori [2]) ed ancora oggidì da taluni in relazione

---

1) Nel *Rechtslexicon* del WEISKE, Vol. II (Leipzig, Wigand 1841), *v.°. Datio in solutum*, pag. 247.

2) Sui quali V. specialmente HARBURGER, *Die remuneratorische Schenkung* (Nördlingen, Beck 1875) § I, pag. 1-6 e SCHUPFER, *Le donazioni tra vivi nella Storia del Diritto italiano* (Estr. dagli *An-*

al Diritto comune [1]) si neghi aversi in tal caso vera e propria donazione, e benchè anche in Diritto francese moderno alcuni pochi, sulle traccie del RICARD, invochino in tale caso il concetto di obbligazione naturale *ad remunerandum*, o dispensino per lo meno l'atto da molti requisiti ed effetti delle donazioni se il donante riconobbe l'obbligazione naturale al compenso [2]), pure la grandissima maggioranza degli espositori del Diritto francese ravvisano qui una donazione vera e propria [3]), chè infatti

---

nali della giurisprudenza italiana, Firenze, Niccolai 1871), Capo I, pag. 9. STEFANO GRAZIANO, nelle sue *Disceptat. forenses* ivi cit., dichiarava a questo proposito in via assoluta «Donatio ob causam me» ritorum aequiparatur dationi in solutum.»

1) Su di che V. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, Vol. I (4.ª ediz., Bologna, Fava e Garagnani 1883) § 83, Nota 4, pag. 300 e HARBURGER, *loc. cit.*

2) Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* (Bruxelles, Société belge 1847) T. III, Livre III, Tit. II, n. 186, pag. 60-62, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XX (*Traité des donations entre-vifs et des testaments*, III, Paris 1878), n. 38, pag. 28-31 e n. 49, pag. 39, DALLOZ, *Répertoire* T. VI (Paris 1856), v.° *Dispositions entre-vifs et testaments*, Tit. III, Ch. I, Sect. I, Art. I, n. 1302, pag. 421 e autori ivi citati. Sul concetto di obbligazione naturale *ad remunerandum* V., fra i più recenti, DE CRESCENZIO, *Enciclopedia giuridica italiana* Vol. XII, Part. I (Napoli, Vallardi 1884), v.° *Obbligazione*, n. 81, pag. 87-88.

3) POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, trad. it. (Livorno, Vignozzi 1836), n. 612, pag. 609, TROPLONG, *Des donations entre-vifs et des testaments* (Bruxelles, Labrou 1855), T. I, sull'Art. 931 del Cod. fr., n. 1074, pag. 364, AUBRY e RAU, *Cours de droit civil d'après la méthode de* ZACHARIÆ, 4.ᵉ édit. (Paris Marchal-Billard 1875), T. VII, § 702, pag. 380, LAURENT, *Principes de droit civil*, 3.ᵉ édit., Vol. XII (Bruxelles, Bruylant-Cristophe 1878), n. 333, pag. 412-413, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, (Paris, Larose-Forcel 1883), T. II, n. 505*a*, pag. 354, DE BERLY, *Op. cit.*, pag. 116, il quale aggiunge «Tous les Auteurs sont du reste d'accord.»

ciò che si dà, lo si dà *nullo iure cogente*. A fortiori poi concordano in quest'avviso i commentatori del nostro Codice, atteso l'espresso disposto dell'Art. 1051, che afferma essere vera donazione anche la rimuneratoria. In conseguenza non può elevarsi qui nemmeno il più lontano sospetto che l'atto importi per avventura pagamento o dazione in pagamento.

Ma pongasi invece che la donazione si faccia in contemplazione di servigi, pei quali al donatario competeva già prima un'azione, e sia pure, per semplificare la cosa, pari l'importo della donazione a quello del debito pei ricevuti servigi. È precisamente in relazione a questa ipotesi che dai più si parla di dazione in pagamento, larvata sotto forma di donazione [1]). Orbene, io sostengo che questo concetto, specialmente secondo la legislazione nostra, non regge.

Facciamo pure il caso, al quale naturalmente pensano gli avversarî, che oggetto della donazione sia tutt'altro che una somma di danaro, per esempio un fondo. Esso diversifica allora dall'oggetto dell'azione che si suppone competesse già prima al donatario e che non poteva evidentemente essere diretta se non ad una retribuzione in danaro. Perchè però si potesse, in vista di que-

---

1) V. tutti gli Autori citati nelle due note precedenti e inoltre FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, Vol. VII (Torino, Vercellino 1873), sull'Art. 1051, pag. 14 e HARBURGER, *Op. cit.*, § 4, pag. 55 e segg., il quale però introduce una limitazione al principio, di cui diremo tantosto. Senza parlare espressamente di dazione in pagamento, rifiutano tuttavia all'atto il carattere di donazione, per attribuirvi quello oneroso PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, 2.ª ediz. (Firenze, Cammelli 1872) n. 321, pag. 465 e FULCI, *Delle donazioni* (Messina, Capra 1877), § 4, pag. 8-9.

sto mutamento di oggetto, discorrere di dazione in soluto, bisognerebbe che la legge dichiarasse apertamente di non considerare quell'atto come donazione, ma puramente come estinzione del rapporto giuridico preesistente. La cosa quindi andrebbe secondo il Codice austriaco, nel quale i §§ 940-941 dispongono: « Non si muta l'essenza della » donazione, se questa sia fatta o per riconoscenza o in » contemplazione dei meriti del donatario o per ispeciale » rimunerazione, *purchè non competesse già precedente-* » *mente* un'azione al donatario (§ 940). Se al donatario » competeva un'azione alla rimunerazione . . . l'atto cessa » di essere donazione e deve ritenersi per un contratto » oneroso » (§ 941). Ma se la legge tace in proposito, come fa il Codice francese, più ancora poi di fronte al citato Art. 1051 del nostro Codice, che, senza punto distinguere, espressamente qualifica come donazioni *tutte* le rimuneratorie, diremo che avviene nel proposto caso una donazione per dichiarazione espressa delle parti, dalla quale non è lecito dilungarsi. Muta cioè non soltanto l'oggetto (fondo anzichè danaro), ma il rapporto giuridico stesso, donde per esempio la conseguenza [1]), che la prestazione del fondo soggiaccia a motivi di revoca e di riduzione, a cui invece non avrebbe soggiaciuto la prestazione della somma di danaro a titolo espresso di mercede e non di donazione. È a dirsi infatti col Liebmann « in omnibus donationibus nihil valere, nisi animum do- » nandi, quo comparato, inductivæ causæ (causæ donandi) » evanescunt atque consumuntur » ; laonde « illud perspi- » cuum est tum quoque veram existere donationem, quum » donandi causa in eo, qui dat, talis fuit, ut beneficium

1) Conforme Ricci, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, Vol. IV (2.ª ediz. Torino, Unione 1886), n. 199, pag. 369-371.

» aliquod donatarii præmio honorare velit, *nam ut causa* » *illa donandi firmum excitavit animum donandi, hic* » *solus, quod ad ius pertinet, perspicitur* » [1]. Che interessa cioè la natura dei precorsi rapporti, se consta che in oggi ciò che l'una parte intese, fu di effettuare una donazione, ciò a cui l'altra si sottomise fu di ricevere pure come cosa donata l'equivalente di quanto avrebbe potuto per altra via conseguire? Scrive egregiamente il Borsari: « Non guardiamo se il beneficio, al quale uno » si mostra riconoscente, sia estimabile o no in danaro, e » se il donatario avrebbe potuto esperire un'azione giudi» ziale. Il supposto creditore, in luogo di chiedere per » giustizia il debito, non ha egli accettato di essere do» natario? Non si è egli sottoposto alle conseguenze pro» prie di ogni convenzione? » [2]. La presunzione poi dev'essere nel senso che l'atto, qualificato dalle parti di comune accordo, e in relazione espressa ai servigi prestati, come una *donazione*, sia tale realmente. Epperò è il caso di invertire ciò che scrive l'Harburger, pel quale la donazione a compenso di servigi facienti luogo ad azione giudiziale è **di regola** una *solutio* o una *datio in solutum* e solo **per eccezione** una vera donazione, se dalle circostanze risulti che chi prestò quei servigi, ebbe *animus donandi* e non *obligandi* e conseguentemente *animus donandi* e non *solvendi* chi li rimunera [3].

---

1) *De natura donationis remuneratoriæ, Dissert. inauguralis* (Berolini, Lange 1875), § 5, pag. 51. Cfr. pure Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6. Aufl. (Frankfurt, Rütten u. Löning 1887), II Bd., § 368, nota 11, pag. 420.

2) *Comment. del Codice civile italiano*, Vol. III, Parte II (Torino, Unione 1877), sull'Art. 1051, § 2208, pag. 12.

3) Ecco precisamente ciò che scrive questo Autore, *Op. cit.*, § 4, pag. 58: « Mit jener Möglichkeit eines richterlichen Zwanges — ist

Concludiamo. Nel caso in questione le parti rinunciano ad un rapporto oneroso per sostituirvene un altro gratuito, ed è quindi altrettanto assurdo il discorrere di dazione in pagamento, quanto il dire che uno donando paga.

14. Chiarito *in massima* il concetto della dazione in pagamento, rinviamo ad altro Titolo l'esaminarne *in dettaglio* gli estremi.

Venendo invece alle specie di essa, basterà qui indicare la distinzione fondamentale fra dazione in pagamento *volontaria* e *necessaria*. Si ha la prima quando spontaneamente, all' atto del pagamento, le parti si accordano sulla prestazione dell'*aliud pro alio:* si ha la seconda quando essa avviene invito il creditore, o il debitore od entrambi. Quella è la regola, questa l' eccezione, come dimostreremo tantosto nel Titolo che segue. Non ci occupiamo invece qui della distinzione che fanno il Glusiano [1]) e il Romussi [2]), fra dazione *espressa* e dazione

» wenigstens für die regelmässigen Fälle dieser Art, die Möglichkeit » beseitigt, in der Gewahrung der Vergütung eine Schenkung zu sehen, » sie ist vielmehr gewöhnlich eine *solutio* oder *datio in solutum*. Hie» durch ist jedoch keineswegs ausgeschlossen dass unter gewissen » Umstände [e a pag. 67 è detto « *ausnahmweise* »] eine solche Re» muneration doch als Schenkung zu betrachten wäre; es ist dies » besonders dann der Fall, wenn die Betheiligten das ganze Verhält» niss nicht als einen stillschweigenden Vertrag über eine Dienst» leistung um unbestimmten Lohn betrachten, sondern der Eine aus » blosser Gefälligkeit oder Freundschaft den Dienst leistete und der » Andere, um sich dafür erkenntlich zu zeigen, ihm ein Geschenk » macht; bei solcher Sachlage entspricht es der — Intention der Par» teien in beiden Leistungen eine Schenkung, in der zweiten natür» lich eine remuneratorische zu erblicken. »

1) *Op. cit.* Cap. I, nn. 9-13, pag. 4-5.

2) *Op. cit.*, Disc. I, n. 14, pag. 539. « Expressa fit quando debi» tor, rem dando sive tradendo nominatim inquit quod dat, vel assi-

tacita, perchè discutibile e tale da presupporre nozioni, alle quali è riservata altrove acconcia sede.

Titolo II.

Principio fondamentale della volontarietà della dazione in pagamento e sue eccezioni.

Sommario.

15. Partizione della materia.

15. Questo Titolo va suddiviso in tre Articoli. Il primo esaminerà nel suo fondamento razionale e in talune sue applicazioni la *regola*, che la dazione debba seguire per mutuo accordo delle parti. Passando poi alle *eccezioni*, diremo nel secondo Articolo della dazione in pagamento in relazione alla esecuzione forzata, soffermandoci in particolare al cosidetto *beneficium dationis in solutum*, che seguiremo nelle sue vicende storiche fino alla legislazione attuale, che più non l'ammette. Esso rappresenta il caso più rilevante di dazione in pagamento necessaria e merita quindi una trattazione speciale. Raccoglieremo finalmente in un terzo Articolo altri casi di dazione necessaria, quali proscritti e quali ammessi dal Diritto vigente.

» gnat rem aut aliud creditori in solutum, eamdemque rem creditor » pro soluto acceptat. Tacita autem, seu melius præsumpta est cum » debitor patitur creditorem ex re illius exigere fructus, absque eo » quod de eo ab initio actum fuerit. »

Articolo I.

La regola e le sue applicazioni.

Sommario.

16. L'obbligazione fonda un vincolo giuridico determinato in sè per la estinzione [1]). Nasce per morire e muore di morte naturale, per usare una felice espressione del Salkowski, solo quando si presti effettivamente la cosa dovuta [2]). Ad alterare questo destino naturale dell'obbligazione quanto all'oggetto, mediante il quale estinguerla, occorre che sia divenuta assolutamente impossibile la prestazione dell'oggetto primieramente dovuto [3]) o che le parti convengano di surrogarvene un altro. Il primo caso qui non ci riguarda: è altrimenti del secondo, in relazione al quale importa anzitutto indicare la ragio-

---

1) Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, 2.ª ediz. (Napoli, Jovene 1875), § 53, pag. 94.

2) Salkowski, *Zur Lehre von der Novation* (Leipzig, Tauchnitz 1866), § 2, pag. 28 «Die solutio eius quod debetur erscheint »gewissermassen als der natürlicher Tod der Obligation».

3) E quivi a seconda dei casi l'impossibilità disobbliga o meno.

ne filosofica del principio, che non possa di regola aver luogo dazione in pagamento senza il concordio delle parti.

Allegare in proposito la forza obbligatoria dei contratti, come si fa generalmente [1], dire cioè che la dazione non può essere che volontaria, perchè il diritto di ogni contraente è quello di richiedere l'esecuzione della convenzione quale è stata fatta, equivale a considerare la cosa sotto un aspetto parziale, mentre il principio non si applica ai soli contratti, ma a tutte le obbligazioni, da qualunque fonte derivino. La ragione del principio noi la cercheremo dunque non nel contratto, ma nel concetto di obbligazione in genere. Vedremo allora che la obbligazione non è già un vincolo indeterminato ed astratto, un *vinculum iuris* senz'altro, bensì determinato necessariamente nell'oggetto, almeno in riguardo al genere (*necessitate* ALICUIUS REI *solvendae*), sicchè il permettere al debitore di prestare, o al creditore di pretendere cosa diversa da quella precisata nel vincolo obbligatorio, varrebbe quanto distruggere il vincolo stesso, il quale, giova ripeterlo, è *essenzialmente* specificato e non generico.

16.[bis] Il principio di cui stiamo occupandoci presenta due faccie, in altre parole si risolve nelle seguenti

---

1) Cfr., fra tanti, TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil* (Paris, Delhomme) IV, pag. 369, DÉMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVII (*Traité des contrats*, IV) (Paris, Durand 1876), n. 226-227, pag. 202, ROGRON, *Le code civil expliqué* (Bruxelles, Société typographique 1839) sull'Art. 1243 Cod. fr., pag. 259, DE BAUDUS, *Du payement en droit romain, Thèse pour le doctorat* (Poitiers, Oudin 1880), pag. 12, BISSON, *Dation en paiement* (V. Bibliografia), pag. 7-8, MADIA, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Vol. III (Napoli, Sarracino 1873), pag. 153, DE FILIPPIS, *Corso completo di dir. civ. it. comparato*, Vol. V (Napoli, De Pascale 1875) n. 434, pag. 293-294.

due proposizioni fra loro correlative: 1. Il debitore od altri per lui [1]) non può costringere il creditore a ricevere *aliud pro alio*— 2. Il creditore non può pretendere *aliud pro alio* dal debitore. In generale non si suole considerare la cosa che sotto il primo aspetto, ma non è men vero e degno di nota il secondo, attesa la parità di trattamento, alla quale le parti hanno diritto [2]). Epperò diremo più completo il disposto dei Codici prussiano [3]), austriaco [4]) e sassone [5]), contenenti entrambi quei divieti, che non quello del Codice francese [6]) e di quanti

---

1) Aggiunta che crediamo opportuno di fare in considerazione specialmente dell'Art. 1238 del Codice.

2) Siamo dunque ben lungi dal sottoscrivere al ragionamento del Merlin, *Récueil alphabétique des questions de droit* (Paris, An XII), T. VII, v.° *Paiement*, § 1, p. 2, che cioè il debitore non possa essere forzato dal creditore a dargli *aliud pro alio*, perchè « sa condi-» tion est favorable et la loi penche toujours à son avantage ». È forse questo un favore che la legge gli accorda, o non piuttosto un sacrosanto diritto che gli riconosce?

3) I. Th., 16 Tit., § 11 « Eine andere Sache oder Handlung als » zu welcher der Verpflichtete eigentlich verbunden war, kann von » Seiten des Berechtigten *weder gefordert noch demselben aufge-» drängt werden.* »

4) § 1413 « Il creditore non può essere costretto suo malgrado » ad accettare una cosa diversa da quella che gli è dovuta, *nè il » debitore a prestare una cosa diversa da quella che è tenuto di » prestare.* »

5) § 694 « *Weder der Berechtigte kann ohne Einwilligung des » Verpflichteten etwas Anderes fordern als was Gegenstand der » Forderung ist,* noch der Verpflichtete sich ohne Einwilligung des » Berechtigten durch Leistung eines anderen Gegenstandes seiner » Verbindlichkeit entledigen. »

6) Art. 1243 « Le créancier ne peut être contraint de recevoir » une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la » chose offerte soit égale ou même plus grande. »

altri, sulle traccie di esso, enunciarono il divieto soltanto in relazione al debitore. È fra questi il Codice nostro, che all'Art. 1245 dispone: «Il creditore non puó esser » costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli » é dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse » uguale od anche maggiore » [1]).

Anche il Diritto romano mirò principalmente ad inibire al debitore il *solvere aliud pro alio*, come appare dai testi che soglionsi comunemente citare in questa materia [2]) e

---

1) Conf. Cod. Albertino Art. 1333, Parmense Art. 1220, Estense Art. 1297, Napoletano Art. 1196, Codice del Chilì del 1857 (Valparaiso, Libreria del Mercurio 1865) Art. 1589 capov., Liv-Est-und Curländisches Privatrecht (St. Petersburg 1864) § 3514. Il già citato Progetto di un Codice federale germanico per le obbligazioni aveva un Articolo 328, contenente tutti e due i precetti. Ma poi lo si modificò nella discussione, sopprimendo, come superflua, la prescrizione che non possa il creditore pretendere *aliud pro alio*. (Cfr. cit. *Protocolle*, Seduta 105.ª, pag. 1476-1477). Anche il Codice di Zurigo contempla solo l' obbligo incombente al debitore di dare la precisa cosa dovuta, ed inoltre accentua soltanto che non può darne in sua vece il valore, mentre più genericamente avrebbe dovuto dire che *nessun' altra cosa* può dare in luogo di quella: § 980 « Der Schuldner ist verpflichtet die » schuldige Leistung so zu erfüllen wie sie versprochen ist. Der Gläu- » biger braucht sich nicht anstatt jener den Werth derselben gefallen » zu lassen. »

2) pr. Inst. quib. mod. obl. toll. 3. 29, l. 2, §. 1 D. de reb. cred. 12. 1, l. 16, 17 Cod. de solut. et liberat. 8. 43. Parimenti dell' intervenuto consenso del creditore fanno cenno la l. 46 D. de solut. et liberat. 46. 3 e la l. 9 Cod. de rescind. vendit. 4. 44.— Ma veggansi tuttavia nel senso che non possa nemmeno il creditore esigere *aliud pro alio* la l. 5 Cod. de agricol. et censit. 11. 47, e specialmente la l. 6 Cod. de rei vindicat. 3. 32 di Gordiano, che suona « Si ex ea pe- » cunia quam deposueras is apud quem collocata fuerat sibi posses- » siones comparavit, ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi, vel » quasdam compensationis causa ab invito eo in te transferri, iniu- » riosum est. » Questa legge è tanto più notevole, in quanto vi si tratta di obbligazione *ex delicto*.

dai quali si è desunta, quasi in forma di adagio, la regola « *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest* », senza che accanto ad essa sorgesse un adagio correlativo « *Aliud pro alio invito debitore peti non potest.* » Da ciò e dall'essersi avuto di mira specialmente l'esclusione del *beneficium dationis in solutum,* sul quale c'intratterremo più tardi, derivò la locuzione unilaterale del Codice francese e del nostro. Ma a noi importava segnalare fin d'ora tutta l'estensione del principio, che la dazione esser debba volontaria, perchè il tener presente, come d'ordinario si fa, soltanto il divieto pel debitore d'imporla e non anche il divieto pel creditore di esigerla, avvezza a considerare la dazione, nei casi in cui avviene, sempre come un favore accordato al debitore [1]), mentre può darsi che sia invece il creditore quegli che vi trova il suo maggiore interesse. Quanto meno l'interesse nella dazione dovrà presumersi comune ad ambe le parti, che volontariamente vi addivengono: epperò è inopportuno il porvi a fondamento la massima « *Volenti non fit iniuria* », come fanno, p. es., il DONELLO [2]) ed il RUBO [3]), perchè ciò desta già l'erronea supposizione che l'una o l'altra parte danneggi con la dazione i propri interessi.

16.[ter] Il canone « *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest* » è di una così intuitiva giustizia, che, riconosciuto dalla scienza, affermato dalle leggi, può ben dir-

---

1) Questo erroneo concetto è, per esempio, affermato dal POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it. (Livorno, Vignozzi 1838), n. 523, pag. 262 e dal HEIMBACH nel WEISKE's *Rechtslexicon*, III, v.° *Datio in solutum*, pag. 246-247.

2) *Op. e Vol. cit.*, Lib. 16, Cap. 9, §. 13, col. 768.

3) *Ueber die Angabe an Zahlungsstatt* (V. Bibliografia), pag. 3.

si oramai *vulgi ore trita sententia*, come afferma il Brissonio [1]) dell' altra massima « *Solutione eius quod debetur obligatio tollitur* », onde la nostra è il naturale corollario. E tuttavia c' è chi non l' approva. Alludo all' Acollas, il quale la riconosce evidente come principio, ma in pratica troverebbe razionale e giusto che, essendo il danaro il comune rappresentativo dei valori, tutte le obbligazioni, non aventi per oggetto una somma di danaro, potessero tuttavia in essa convertirsi ad arbitrio del debitore [2]). Questa opinione si connette ad un modo singolare di considerare le obbligazioni, proprio del citato Autore, e ad un esagerato e malinteso concetto della personale libertà. L' *Acollas* non ammette la distinzione delle obbligazioni in obbligazioni di *dare* e di *fare*: tutte, secondo lui, hanno per oggetto un *fare*: « *Scientifique-*
» *ment* l'obligation ne consiste jamais qu' à *faire*, c' est-
» à-dire que *l' obligation met plus ou moins complète-*
» *ment une activité à la disposition d' une autre*; or
» qu' il s' agisse de *dare* ou de *praestare*, comme s'ex-
» primait le droit romain, de faire, de donner ou de ne
» pas faire, comme parle Pothier, et, après lui l'Art.
» 1101, c'est toujours à l'idée fondamentale d' une ac-

---

1) Brissonii, *De solutionibus et liberationibus*, Lib. I, nelle sue *Opera minora*, ed. Trekell (Lugduni Batavorum, Langerak 1747), pag. 125.

2) *Manuel de droit civil*, T. II, 2.e édit. (Paris, Germer-Baillière 1874), pag. 878, note 1: « Cette solution est en principe évidente et
» il était peu nécessaire que le droit romain vînt nous l'enseigner.
» Toutefois l'argent, comme dit Mill, étant un intermédiaire circu-
» lant, il serait rationnel et juste que, toutes les fois que l' obligation
» ne consiste pas en une somme d'argent, elle fût toujours conver-
» tible en une somme d'argent. »

» tivitè mise plus ou moins complètement à la *disposi-*
» *tion d'une autre* que se ramène la notion de l'obli-
» gation. » [1]) Eppertanto, trattandosi sempre di un'a-
zione da compiersi, l'autonomia dell'individuo esigereb-
be ch'esso non potesse venirvi precisamente costretto,
ma sempre avesse facoltà di riscattarsene a danaro.
« De là vient que *pour être conforme au droit natu-*
» *rel, pour ne pas violer l'autonomie de l'individu,*
» la loi positive doit reconnaître, dans tous les cas, à
» l'obligé, *le droit* de se délier en payant une somme
» d'argent. » [2]) E altrove, insistendo sullo stesso prin-
cipio, dice addirittura: « Autrement l'obligation cesse-
» rait d'être compatible avec la liberté » [3]) e qualifica
questa facoltà del debitore di convertire a piacimento
la prestazione dovuta in una somma di danaro sic-
come « le moyen rationnel et juste de restituer la li-
» berté de la personne. » [4])

Basterebbe, per combattere le idee dell'*Acollas*, con-
trapporgli le seguenti parole del Cuiacio, che si direb-
bero scritte appositamente per lui: « Quicumque rem de-
» bet non liberatur offerendo rei pretium, alioquin a-
» perta erit via poenitudini et perfidiae. . . . . Nec ve-
» rum est quod quidam dicunt incivile esse ad facien-
» dum cogi eum, qui paratus est subire litis aestimatio-
» nem. Quaeso an est incivile suum exigere atque etiam
» efflagitare? Quis hoc dicat? » [5]) Ma noi crediamo val-
ga la pena, attesa l'importanza dell'argomento, di sot-

---

1) *Op. e Vol. cit.*, pag. 736.
2) *ibidem.*
3) *Op. e Vol. cit.*, pag. 723.
4) *Op. e Vol. cit.*, pag. 724.
5) *in L. XII Responsor. Papiniani* (*Opera* cit., Vol. IV, col 1238).

toporre a più speciale disamina il ragionamento del nostro Autore.

Ci sarebbe intanto molto a che dire sulla sua premessa, che tutte le obbligazioni siano di *fare,* chè è questo un modo di considerar le cose un po' troppo formale. Ma, anche portandosi su questo terreno, osserviamo che, per essere logico, l'*Acollas* dovrebbe, in omaggio alla libertà personale com' è da lui concepita, negare addirittura la virtù coercitiva delle contratte obbligazioni e non semplicemente affermarne la convertibilità in danaro ad arbitrio del debitore. Infatti anche la prestazione dell'indennizzo pecuniario è, giusta i principî del predetto scrittore, un *fare,* e, poichè il creditore potrà pretendere almeno questo indennizzo se il debitore non vuole adempiere la prestazione originariamente dovuta, in ultima analisi avremo ancora che il debitore si trova obbligato *ad faciendum.*

Ma, anche a prescindere da ciò, l'essere, come vorrebbe l'*Acollas*, tutte le obbligazioni dirette al fare non importa che a tutte senza distinzione sia applicabile il noto principio « *Nemo praecise ad factum cogi potest.* » Uopo è distinguere invece fatti da fatti. L'obbligazione, ci si dice, mette più o meno completamente *un' attività a disposizione di un' altra.* Sta bene. Ma bisogna poi sceverare i casi, in cui l' oggetto caduto in obbligazione non è altrimenti conseguibile che dall'*attività personale dell' obbligato*, dai casi in cui lo si può ugualmente conseguire con surrogarvi a sue spese un'*attività diversa.* Nei primi casi il « *Nemo potest praecise cogi ad factum* » calza a capello, e non resta altra via che quella del pecuniario indennizzo: negli altri invece il creditore sarà in diritto di ricorrere a quelle attività,

che possono venire utilmente surrogate alla mancata attività del debitore, senza che questi abbia in ciò a lamentare un'offesa recata alla sua personal libertà. Tizio, ad esempio, manca alla obbligazione assuntasi d'insegnarmi un'industria, di cui possiede il segreto. Questo è veramente il caso in cui il debitore non può essere costretto *ad factum* e può esonerarsi dall'obbligo coll'indennizzo a danaro. S'egli invece mi promise l'escavo di un fosso nei miei fondi, io potrò far eseguire quest'opera da altri a sue spese (Art. 1220 Cod. civ. it.; Art. 1144 Cod. franc.). Parimenti s'egli è obbligato a darmi un oggetto determinato nella sua individualità (il che, secondo l'*Acollas*, è sempre un *facere*) non dev' essergli lecito di sottrarvisi dandomene il valore, col pretesto che « *Nemo potest praecise cogi ad factum* », perché, senza punto costringerlo ad impiegare la personale incoercibile sua attività, io potrò ottenere quell'oggetto per le vie della esecutiva giustizia. L'*Acollas* stesso del resto si accorge a questo punto, almeno in parte, dell'assurdo a cui condurrebbe il suo principio, e vi appone questo po' po' di limitazione, ch'esso cioè non debba applicarsi ai contratti traslativi di diritti reali [1]).

Il principio adunque dell' autonomia individuale è in-

---

1) *Op. e Vol. cit.*, pag. 720. Lo giustifica osservando « que lors-»qu' il y a un déplacement immédiat de droits réels, il n' existe aucun »temps appréciable, durant lequel une volonté soit sous le joug d' une »autre et l' autonomie de l' individu enchaînée. »

Ma ad ogni modo anche in questi contratti, se il trapasso del diritto reale è immediato, può non esserlo la *traditio o la quasi traditio*, che forma pertanto oggetto di speciale obbligazione (Cfr., p. es., Art. 1462 e segg.) E per questa l'*Acollas* tornerà daccapo, se vuol essere logico, al principio della convertibilità in danaro.

vocato a sproposito, quando in nome di esso si chiegga che venga accordata in ogni e qualsiasi caso al debitore la facoltà di sostituire alla prestazione dovuta il suo valore in danaro. E per correre dietro poi a questa fisima di una fraintesa autonomia personale del debitore, si sanzionerebbe una palmare ingiustizia a scapito del creditore. Perchè infatti è tutt'altro che esatto il concetto da cui parte l'*Acollas*, che cioè, essendo il danaro, com'egli dice, *un intermédiaire circulant*, esso possa, anche ad arbitrio dell'obbligato, surrogare *perfettamente* qualsiasi altra prestazione, senza che il creditore ne risenta danno e senza che possa quindi muoverne lagnanza. Il danaro l'ha bensì questa funzione di surrogare nel pagamento le altre prestazioni, ma soltanto come *estremo rimedio*, quando sia cioè assolutamente impossibile di conseguire quelle prestazioni altrimenti: laonde encomiabile per questo riguardo ci sembra la definizione che della funzione giuridica del danaro, distinta dalla economica, dà l' HARTMANN: « Geld ist eine Materie, welche die *ordentliche* » Bestimmung hat, als EVENTUELL LETZTES zwangsweises » Solutionsmittel zu dienen » [1]). Ed è ragionevole che solo in via di estremo rimedio si ammetta il danaro quale surrogato alle altre prestazioni, perchè la *perfetta equivalenza* non c' è, o quanto meno non può elevarsi a principio, e il creditore invece ha proprio diritto a pre-

---

1) *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes* (Braunschweig, Leibrok 1868), pag. 52. All' HARTMANN aderisce pienamente il FLESCH *Die rechtliche Natur des Geldwechslergeschäfts* nei *Iahrbücher für die Dogmatik* etc. del 1881, Vol. XIX, pag. 320 e segg. Soltanto alla parola *Materie* egli sostituirebbe *Gegenstände*, perchè veramente denaro non è la materia (oro, argento ecc.) come tale, « sondern die aus » dieser Materie gefertigten mit gewissen äusseren Eigenschaften aus- » gestattenen *Stücke* (Münzen). pag. 321-322.

tendere che l'obbligazione sia sempre, finch' è possibile, *perfettamente* adempiuta. Se *in obligatione* era un dato oggetto, vuol dire ch'esso rispondeva ai *peculiari bisogni* del creditore, dei quali non può ora il debitore farsi giudice ed arbitro, mentre può ben essere a soddisfarli inadeguata qualunque altra prestazione, anche se *obbiettivamente* più preziosa. Questa considerazione spiega l'ultima parte del citato Art. 1245 del Codice, il quale, nel dichiarare che il debitore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, aggiunge che ciò ha luogo quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore.

Guardando l'altra faccia del principio, che stiamo esaminando, dovremo dire, per analogia, che l'essere fortuitamente *diminuito il valore* dell'ente dovuto non dà diritto al creditore di esigerne in sua vece un altro, ovvero l'equivalente di quello secondo l'originario valore. Epperò è esplicitamente disposto che « Il debitore di co-
» sa certa e determinata viene liberato rimettendola nello
» stato in cui si trova al tempo della consegna, purchè
» i deterioramenti sopraggiunti non provengano da fatto
» o colpa di lui o delle persone di cui deve rispondere,
» ed egli non fosse in mora prima dei seguiti deterio-
» ramenti. (Art. 1247; 1245 del Cod. fr.). »

17. Di regola dunque non si può pagare nè esigere cosa diversa da quella ch'è oggetto dell'obbligazione, senza il consenso del debitore e del creditore. Osserviamo che, nell'affermare ciò, leggi e dottrina mostrano di prendere di mira il pagamento esclusivamente come estinzione di un'obbligazione principale. Senonchè la sostituzione di una cosa ad un'altra è possibile non soltanto nel farsi ad estinguere il debito, ma anche sempli-

cemente nel guarentirlo. Obbligato a darti a titolo di pegno l'oggetto *a*, ti do invece l'oggetto *b*. Più ancora potrebb'essere che si sostituisse un genere di cauzione ad un'altra: ti promisi un pegno, ti do invece un fideiussore. Orbene, anche questi casi cadono sotto lo stesso principio di ragione, che cioè sostituzioni d'oggetto non possano aver luogo se non per comune consenso delle parti, e sarà quindi nostra cura di tenerli costantemente sott'occhio nel corso della presente trattazione, ciò che gli altri non fanno.

18. Il principio in esame, su cui poggia la volontarietà della dazione in pagamento, penetra e di sè informa più di un istituto, più di una norma del nostro Diritto civile. Il rintracciarlo attraverso simili norme ed istituti ci pare assunto non privo d'interesse e di novità.

Una prima applicazione del nostro canone la troviamo nel tema dell'*azione rivendicatoria* pel caso in cui il convenuto siasi col fatto proprio spogliato del possesso della cosa da rivendicarsi (*si dolo desiit possidere*). Con questo fatto egli contrae un'obbligazione *ex delicto* in confronto al proprietario, l'obbligazione cioè di ricuperargli a proprie spese la cosa. Ma dovrà essere forse rimesso all'arbitrio di lui di risarcirne invece il valore? Maino, chè ciò equivarrebbe a consentirgli di prestare *aliud pro alio*. Solo nel caso d'*impossibilità* ad adempiere l'obbligazione del ricupero della cosa, pongasi perchè l'attuale possessore, che da lui l'ha acquistata, non vuole retrocedergliela, la prestazione da lui dovuta (ricupero e restituzione della cosa) si convertirà in risarcimento di valore. E così infatti rettamente decide il capoverso dell'Art. 439, il quale, a proposito della rivendicazione,

dichiara: « Se il possessore o detentore, dopo che gli fu » intimata la domanda giudiziale, avrà cessato per fatto » proprio di possedere la cosa, *è tenuto a ricuperarla » per l'attore a proprie spese, e, non potendo, a risar- » cirgliene il valore*, senza che l'attore sia pregiudicato » nel diritto di proporre invece la sua azione contro il » nuovo possessore o detentore ». Ben diversa è la statuizione del Codice austriaco, il quale dispone: « Quegli » che possedeva una cosa, e dopo l'intimatagli petizione » ha lasciato di possederla per fatto proprio, deve ricu- » perarla per l'attore a proprie spese o risarcirgliene il » valore straordinario, a meno che l'attore non prescel- » ga di rivolgersi contro l'attuale detentore ». (§ 378). Quivi non è imposto al convenuto l'obbligo di fare tutte le pratiche necessarie per ricuperare la cosa e poterla così restituire al rivendicante, ma gli si concede fin dal principio l'alternativa fra il ricupero e il risarcimento del valore (bensì straordinario). Laonde diremo che in questa materia il legislatore nostro fu più dell'austriaco ossequente al principio, che non possa a semplice arbitrio del debitore *aliud pro alio solvi* [1]).

Altra applicazione del concetto che informa la nostra regola (bensì fuori del tema delle obbligazioni) può ravvisarsi nelle servitù prediali e precisamente nel divieto fatto dalla legge al proprietario del fondo servente di variare lo stato del fondo, e specialmente *di trasferire l'e-*

---

1) Posta mente alla rilevata notevolissima differenza fra le due legislazioni, c'è di che meravigliarsi vedendo il MATTEI affermare che il capoverso del nostro Art. 439 « è la ripetizione del § 378 Cod. « austr. » (*Il Cod. civ. it.* etc. Vol. II (Venezia, Naratovich 1873), sull'Art. 439, n. 16, pag. 59). Come il Codice nostro dispone il sassone (§ 304).

sercizio della servitù in un luogo diverso da quello dove fu originariamente stabilita (Art. 645, 1. capov.). Accenneremo nella terza parte del Titolo che qui ci occupa l'eccezione, che lo stesso Art. 645 arreca al disposto del primo suo capoverso.

Trattisi ora di una *comproprietà da sciogliersi mediante divisione.* Dall'essere il diritto di ogni comunista operativo su ciascuna molecola dei corpi, e più in generale su ciascuna parte dei diritti da dividersi, ne viene che nella divisione l'obbligazione precisa di ciascun comunista quella si è di dare agli altri la loro porzione in natura. S'egli potesse surrogarvi a piacimento degli equivalenti in rendite o in danaro, si avrebbe la prestazione arbitraria di un *aliud pro alio*. Ecco perchè la legge ha cura di escludere nelle divisioni giudiziali siffatti rifacimenti o conguagli, fintantochè sia possibile far entrare in ciascuna quota la medesima quantità di mobili, immobili, diritti e crediti di uguale natura e valore (Art. 987, 994, 995, comb. coll'Art. 684).

Col principio che la dazione in pagamento non può essere che consensuale spieghiamo altresì ciò che stabilisce l'Art. 1180 pel caso che una delle due cose formanti oggetto di *obbligazione alternativa* sia perita e la scelta spettasse al debitore. Allora cioè « l'obbligazione » diviene semplice » e « il prezzo della cosa (perita) non » può essere offerto in luogo della medesima. » Soluzione disapprovata da alcuni Autori nella ipotesi che la perdita della cosa sia avvenuta per caso fortuito [1]). Io la trovo invece anche allora giustissima, tuttochè la cosa

---

1) V. questi Autori citati dal CHIRONI, *La colpa nel Diritto civile odierno-Colpa contrattuale* (Torino, Bocca 1884), n. 172, pag. 167.

perita fosse per avventura quella di minor valore, e che come tale sarebbe stata scelta dal debitore per adempiere la prestazione. A parte i motivi allegati in sostegno di ciò dal Chironi [1], la ragione che giustifica anche in tale ipotesi il disposto dell' Art. 1180 è sempre quella racchiusa nel canone « *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* » Infatti se la cosa perita per caso fosse stata l' unico oggetto dell' obbligazione, questa si troverebbe ora estinta e il debitore disobbligo perchè «*Debitor rei certae fortuito interitu liberatur*». La presenza di altro oggetto, che cade esso pure in *obligatione*, e il non tenersi assolutamente più calcolo della cosa perita, costituiscono pertanto la sola causa per cui l' obbligazione può continuar a sussistere; perchè infatti se della cosa perita per caso si dovesse ancora tener calcolo, l' unica conseguenza logica sarebbe che il debitore avesse facoltà di svincolarsi affatto dall' obbligazione, asserendo che proprio quella avrebb' egli scelta per il pagamento. Ma, poichè a questa conseguenza estrema gli avversarî non giungono e riconoscono che l' obbligazione persiste, il debitore, che cionullostante desse in luogo della cosa rimasta il valore di quella perita, imporrebbe al creditore una *datio in solutum*, nella quale poi l' *aliud pro alio* non sarebbe già il valore della cosa perita *in sostituzione* della cosa stessa, chè di questa non è più a parlarsi, ma bensì il valore della cosa perita *in sostituzione* della cosa rimasta, causa unica, e quindi unico possibile oggetto della persistenza del vincolo obbligatorio.

Due altri corollari dell' Art. 1245, secondo il quale il creditore non può essere costretto a ricevere cosa di-

---

1) *Op. e loc. cit.* nella nota che precede.

versa da quella dovutagli, li abbiamo in materia d'*imputazione dei pagamenti* e di *compensazione*. « Chi ha » più debiti *della stessa specie*, ha diritto di dichiarare, » quando paga, qual sia il debito che intende di soddis- » fare. » Così l'Art. 1255. Dunque non lo ha più questo diritto se i debiti sono di specie diversa: allora infatti solo il consenso del creditore può far si, che il pagamento di una specie venga imputato ad un debito di specie diversa. È parimenti questa la ragione per cui la compensazione, compendio di due pagamenti, non può aver luogo *di regola* se non tra due debiti, che hanno ugualmente per oggetto una somma di danaro o una determinata quantità di *cose fungibili della stessa specie*. Così l'Art. 1287, 1.° comma. Sarà notata a suo luogo l'eccezione contenuta nel capoverso dell'Articolo stesso. Non è invece eccezione quella che come tale è indicata dal n. 2 dell'Art. 1289 in riguardo al comodatario, che non può trattenersi in via di compensazione la cosa avuta a prestito. Infatti con ciò, lungi dal derogare alla norma posta nell'Art. 1287, non si fa che applicarla, non potendo il comodato avere per oggetto cose fungibili [1]).

Il discorso del comodato, o prestito d'uso, ci richia-

---

1) All'erronea collocazione di questo caso fra le eccezioni ritengo abbia contribuito l'essersi tenuto presente l'apparente antinomia fra la l. 18, § 4. D. commod. vel contra, 13, 6 e la l. 4 (ult.) Cod. de commod. 4, 23, delle quali la prima sembra accordare, la seconda negare la compensabilità della cosa comodata col debito del comodante. Il Ruggieri, *De obligationibus* (Romae, Sinimberghi 1872) § 405, pag. 505-507, dirime l'antinomia supponendo che il passo dei Digesti alluda non ad una vera compensazione ma ad un *ius retentionis*.

ma alla mente il contratto analogo di *mutuo, o prestito di consumo*, nel quale di nuovo troviamo dominante il nostro principio, anzi, per meglio dire, è esso che determina uno dei requisiti essenziali di simile contratto. Per quale ragione infatti il mutuo non può avere per oggetto altro che cose fungibili? Perchè *aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* Infatti l'idea di prestito di consumo si risolve nei seguenti due concetti: 1. che debba restituirsi ciò che si è ricevuto, altrimenti non si parlerebbe più di *prestito.* 2. che delle cose ricevute a prestito si acquisti la proprietà e quindi la facoltà di alienarle, di consumarle, altrimenti non si parlerebbe più di prestito di *consumo*, ma di prestito d'uso. Ora questo diritto di disporre delle cose ricevute non potrebbe conciliarsi con l'obbligo della restituzione se non in riguardo a quelle cose, *quae functionem recipiunt*; esteso alle altre *quae functionem non recipiunt*, importerebbe evidentemente offesa al principio « *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* » [1])

Di questo principio è fatta altresì rigorosa applicazione in tema di *appalti di opere pubbliche*, dove, senza ordine legalmente impartito dall'ingegnere direttore, l'appaltatore non può sotto verun pretesto introdurre variazioni o addizioni di sorta al lavoro assunto: altrimenti

---

1) Cfr. l. 2, § 1 D. de reb. cred. 12. 1, sulla quale il CUJACIO, seguendo l'ACCURSIO, scrive egregiamente: « Si in ceteris rebus quae » corpore valent, non quantitate, consisteret mutuum, fungi posse» mus solutione earum in genere: at fungi non possumus solutione » earum in genere, quia aliud pro alio solvi invito creditore non po» test: ergo in ceteris rebus mutuum non consistit: quandoquidem » conditio mutui, et ius hoc est, ut idem genus reddatur, non aliud » genus. » (in *Lib. XXVIII Pauli ad Edictum*, ad *l. 2 de reb. cred.* § *Mutui datio*, nelle sue Opere, ediz. cit., T. V, col. 387 C.)

non solo non può pretenderne aumento di prezzo o indennità, ma deve eseguire senza compenso quelle riforme, che in conseguenza l'amministrazione credesse opportuno di ordinare, oltre il risarcimento pei danni recati. Cosí dispone l'Art. 342 della Legge 20 Marzo 1865 sulle Opere pubbliche. *Quid* trattandosi di appalto privato? Io crederei che si potesse argomentare per analogia da quell'Articolo [1]), ammettendo anche qui a favore del committente il diritto di rifiutare il collaudo a motivo delle variazioni od addizioni arbitrariamente fatte dall'imprenditore, nè consentirei facilmente alle molte limitazioni, che sogliono fare in proposito dottrina e giurisprudenza [2]), rimanendo invece ligio ai principî «Qui excessit, *aliud quid* facere videtur [3])» e «*Aliud pro alio* invito creditore solvi non potest».

Nella cosidetta *soccida di ferro* l'affittuario ha obbligo di lasciare al locatore, al finire della locazione, degli animali di valore eguale al prezzo della stima di quelli che ha ricevuti. Così l'Art. 1687. Ciò stante, diventa un'applicazione pura e semplice del nostro principio il successivo Art. 1692, che suona: «Al termine » della locazione l'affittuario non può ritenersi il bestia- » me compreso nella soccida, pagando il valore della sti- » ma primitiva, ma deve lasciare bestiame di valore e- » guale a quello che ha ricevuto.» Questa disposizione dunque si poteva sottintendere, poich'essa non fa che ripetere, in riguardo alla soccida di ferro, quanto già si

1) Conf. VITA-LEVI, *Degli appalti* (Torino 1876), n. 287, pag. 103-104.

2) V. lo stesso VITA-LEVI, *Op. cit.*, n. 284, pag. 192, n. 290, pag. 196 e le autorità ivi addotte.

3) l. 5 pr. D. mand. vel contra. 17. 1.

contiene in generale nell'Art. 1245; e ciò tanto più dopo la dichiarazione dell'Art. 1688, che la stima del bestiame consegnato all'affittuario *non produce in lui la traslazione della proprietà*.

Finalmente un caso, in cui è espressamente disposto che non possa il debitore prestare cosa diversa da quella che deve, lo si ha nel *contratto vitalizio*. Il costituente presterebbe infatti cosa diversa, se, in luogo di corrispondere la rendita, potesse a suo arbitrio rimborsare al creditore il capitale, sia pure rinunciando a ripetere le annualità pagate. Eppertanto gli è fatto di ciò aperto divieto dall'Art. 1798 del Codice. Al quale, benchè in fondo non faccia che applicare la norma già stabilita dall'Art. 1245, non muoverei tuttavia l'appunto di completa superfluità, che ho mosso all'Art. 1688 relativo alla soccida; infatti l'Art. 1798 è opportuno a sciogliere un dubbio, se cioè anche la rendita vitalizia avesse ad essere per avventura redimibile, come lo è la perpetua [1]).

19. La regola che la dazione in pagamento debba essere volontaria, regola di cui abbiamo posto in rilievo il fondamento ed esaminate molteplici applicazioni, non è tuttavia così assoluta, da non ammettere talune eccezioni. Epperò già in sulla fine del Titolo precedente abbiamo accennato alla dazione *necessaria*, che si contrappone alla *volontaria*. È su di essa che portiamo il nostro esame nei due Articoli che seguono, considerandola non soltanto nell'attualità, ma altresì nella storia e quindi

---

1) Invece l'ACOLLAS qualifica l'Art. 1979 del Cod. fr., identico al nostro 1798, per una «disposition naïve, car le contrat de rente via- » gère est aléatoire, et le système général du Code est d'ailleurs qu'on » ne peut se racheter à prix d'argent d'une obligation contractuelle». (*Op cit.*, Vol. III, pag. 513).

non trascurando certi casi di dazione necessaria, oggidì più non ammessi. Nel che speriamo ci approvino quanti intendono allo studio *scientifico* del Diritto civile, e, pure riconoscendo in esso una scienza principalmente di applicazione, non credono tuttavia ch' essa debba interamente negligere ciò che non presenta immediata utilità pratica, per mirare unicamente alle esigenze della quotidiana vita forense.

A parte ciò, notiamo come l' esistenza di un numero maggiore o minore di casi di dazione necessaria renda inesatte quelle definizioni, che, pur riferendosi alla *dazione in pagamento in generale*, accennano come requisito di essa l' accettazione spontanea del creditore [1]). Simili definizioni convengono alla dazione *volontaria*, alla quale del resto si capisce che taluni abbiano pensato esclusivamente, ora che si è visto come e perchè essa costituisca la regola, mentre la *necessaria* è l' eccezione [2]).

---

1) V., p. es., le definizioni del FROMMANN, *Analysis etc.* (V. Bibliografia) § 13, pag. 10, del BLUMENTHAL, *Pauca de datione in solutum* (V. Bibliografia) Sect. I, Cap. I, § 1, pag. 3, del BISSON, *Op. cit.*, pag. 33 e del GIORGI, *Op. cit.*, Vol. VII, n. 299, pag. 356. Ma in proposito va particolarmente notato il DE BERLY, *Op. cit.*, pag. 27, il quale giunge sino a dichiarare che « les auteurs ont employé impro- » prement l' expression de dation en paiement dans des hypothèses » où le créancier peut se voir imposer le paiement d' une chose au- » tre que la chose due ».

2) Con molta esattezza dunque il RÖMER definisce la dazione in pagamento in generale, separatamente dalla volontaria *(Op. cit.*, § 1, pag. 2-3). Lo SCHÖNFELD, *De datione in solutum* (V. Bibliografia) § 3, pag. 4, dà una definizione che comprende tutte due le specie dicendo che la *d. i. s.* è «*rei alterius in locum eius quœ debetur* LEGITIME *in creditorem facta translatio*», dove tuttavia è improprio il restringere la *d. i. s.* al caso di *translatio rei*. Carattere di generalità ha pure la definizione del ROMUSSI, per tanti altri rispetti però censurabile (V. s. pag. 10 nota 1).

Articolo II.

La dazione necessaria nella esecuzione forzata.

Sommario.

20. Partizione della materia in due Capi.

20. Presa qui la parola esecuzione in un senso lato, intendiamo di esaminare, se e per quanti modi sia possibile che il creditore debba subire o possa pretendere una dazione in pagamento *nell' atto in cui si fa ad esercitare le proprie ragioni* [1]. Epperò viene sotto il presente Articolo non soltanto il caso in cui l'esecuzione forzata *giunga al suo compimento* mediante l'assegnazione al creditore di cose diverse da quelle dovutegli, ma altresì il caso in cui essa *venga arrestata* da una dazione in pagamento, che il debitore gli impone. Ecco perchè crediamo questa la sede più opportuna per trattare del

---

1) Di *datio in solutum* nella materia della esecuzione parlano e i Dottori e gli Statuti, come da numerose citazioni si renderà palese più innanzi. Solo il Tiraquello, ch'io sappia, eleva fugacemente qualche dubbio sulla proprietà dell'espressione *datio in solutum* usata in questi riguardi, *De utroque retractu* (Lugduni, Rovillio 1574), *De retraict lignagier*, § 1, glo. 14, n. 9, pag. 211. Per converso il Romussi, *Op. cit.*, Disc. I, n. 19, pag. 539, non solo parla di *datio in solutum* come sinonimo di aggiudicazione in tema di esecuzione forzata, ma è anzi in essa soltanto che ravvisa la *datio in solutum necessaria*: « Necessaria vero fit, quando debitoris res assignatur iudicialiter cre- » ditori in solutum, eademque res dicitur illi adiudicata, ut probat text. » in l. a Divo Pio, § si pignora ff. de re iudic. ». Concetto veramente troppo limitato. Cfr. supra, n. 14, pag. 33 e inoltre De Casaregis, *De commercio*, T. I (Venetiis, Typ. Balleoniana 1740) Disc. 97, n.i 12, 13, pag. 317.

beneficium dationis in solutum [1]). Comincieremo anzi da questo e soltanto dopo diremo della esecuzione che esaurisce interamente il suo corso, risolvendosi in una dazione in pagamento. Donde la naturale partizione del presente Articolo in due Capi.

Capo I.

Il beneficium dationis in solutum.

Sommario.

21. Fra le Novelle di Giustiniano è giustamente famosa la quarta, per l'ultimo capitolo, non meno che per i due primi, relativi al *beneficium excussionis* a favore dei fideiussori. È precisamente con esso che fu introdotto

---

1) Anche il De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiæ* (Lugduni, Cramer 1697) ne tratta a proposito della esecuzione forzata, per essere il *b. d. i. s.* diretto «ad impediendum exequutionem, quae pro credi-»toris arbitrio consummanda sit per subhastationem» T. XV, Tract. I *De iudiciis*, disc. 40, n. 54, pag. 185.

il *beneficium dationis in solutum*, per cui fu data facoltà ai debitori *ex contractu* di somme di danaro, pressati a pagare dai creditori, privi di mezzi pecuniarî e nella impossibilità di procurarseli mediante la vendita a giusto prezzo delle cose loro, di costringere i creditori a ricevere in pagamento beni immobili, bensì a loro scelta e stimati giudizialmente.

Prima di esporre i motivi determinanti di questa disposizione e gli apprezzamenti che merita, notiamo ch'essa non difetta di precedenti storici. Già in Tito Livio si legge che in sulla fine del terzo secolo di Roma, sotto il consolato di Valerio Publicola e di C. Marcio Rutilo, per indurre a concordia gli animi divisi dalla questione dei debiti e delle usure, furono creati dei *quinqueviri*, ai quali *a dispensatione pecuniae* si diede il nome di *mensarii*. Questi *quinqueviri* pagarono i debiti privati o col danaro pubblico, dopo aver prese le debite cautele per lo Stato, oppure (ed è ciò che a noi interessa) coll'assegnare ai creditori beni dei debitori, dopo averne fatta una *aestimatio aequis preciis* [1]).

Anche Giulio Cesare dittatore, all'epoca della guerra civile « quum fides tota Italia esset angustior neque cre- » ditae pecuniae solverentur » [2]), emanò un provvedimento simile, permettendo ai debitori di dare in pagamento ai creditori le loro possessioni, stimate da appositi arbitri sulla base del valore che avevano prima della guerra [3]),

---

1) Tit. liv., *Hist.*, VII, 21.

2) *De bello civili*, L. III, cap. 1.

3) Caes., *loc. cit.*, Suet., *Caes.*, cap. 42, Dio. Cass., *Historiarum romanarum quae supersunt*, trad. lat. dello Sturzius (Lipsiae 1824), Lib. 41, cap. 37.

donde il nome di *aestimationes*, col quale CICERONE in più luoghi le designa [1]).

Il MONTESQUIEU osserva che in questa guisa « les cho- » ses devenoient monnaie comme l'argent même » [2]), e come altro esempio dello stesso fenomeno adduce le leggi germaniche, che permettevano di soddisfare le pene pecuniarie mediante derrate o bestiame anzichè a danaro, e specialmente la Legge sassone [3]). Ma a noi sembra che il *Montesquieu* metta assieme così due ordini di fatti economicamente e giuridicamente diversi. Coi provvedimenti di Cesare e di Giustiniano si diede *eccezionalmente* il carattere di *surrogati della moneta* a cose, che per sè stesse non erano in allora moneta. Invece presso i primitivi popoli germanici il bestiame era esso stesso una moneta, che aveva corso parallelo allo scarso metallo; essi possedevano, se mi è lecito così esprimermi, una moneta a doppio tipo, tipo metallo e tipo bestiame, come noi possiamo avere il doppio tipo oro ed argento: tanto vero che, come precisamente nell'odierno bimetallismo l'oro e l'argento stanno fra loro in un rapporto legalmente determinato, così quelle leggi non si limitavano a dire che si potesse dare bestiame *pro pecunia*, ma ne fissavano preliminarmente e tassativamente la proporzione [4]). Nulla

---

1) BRISSONII, *Op. cit.*, pag. 126, dove sono citati i passi relativi di CICERONE.

2) MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix* (Genève, Barrillot 1751) T. II, pag. 315, Liv. 22, chap. 2. Ma contro questo concetto V. HARTMANN, *Op. cit.*, pag. 51, che adduce pure in suo favore il RAVIT.

3) *loc. cit.* pag. 316.

4) *Lex Saxonum*, ed. MERKEL (Berlin, Hertz 1853) c. 66, pag. 16: Solidus est duplex: unus habet duos tremisses quod est bos anniculus duodecim mensium vel ovis cum agno, alter solidus tres tremisses id est bos 16 mensium. Cfr. capitolare del 797 c. 11, pag. 20. Veggasi pure

vi ha pertanto di eccezionale o di grave nel disposto di quelle leggi germaniche, mentre invece gli accennati provvedimenti di Cesare e di Giustiniano esorbitano non poco dai principî del Diritto comune.

Fermandoci più particolarmente al *beneficium dationis in solutum* della Nov. 4, c. 3, vediamo con quali argomenti l'Imperatore lo giustifichi e quali furono realmente le cause che vi diedero occasione.

22. Giustiniano non si dissimula che la sua disposizione riuscirà ai creditori un po' ostica, ma non può a meno tuttavia di dettarla per un sentimento di umanità verso i debitori. «Quod autem de cetero humanis auxi- » liatur curis, *licet quibusdam creditoribus non forte sit* » *gratum*, a nobis tamen propter clementiam sancitur» [1]).

---

la *Lex Ribuariorum*, Tit. 38, § 12, GENGLER, *Germ. Rechtsdenkm.* (Erlangen, Deichert, 1875) pag. 316. Più di tutti è significativo il cit. Capitolare sassone del 797, perchè in esso veramente è detto che il bestiame è moneta: «Illud notandum est *quales debent solidi esse Saxo- » num: idest bovem annoticum utriusque sexus, etc.*». Tuttociò è naturalissimo. È accertato infatti che al periodo della permuta in natura succedette quello dei pagamenti effettuati mediante buoi e pecore, donde il nome *pecunia* (da *pecus*) e il nordico *Fe* (cfr. *Vieh.*) Veggasi SCHADE, *Altdeutsch. Wörterb.* I. (Halle, Waisenh., 1872-82) pag. 193-got. faihu=χρήματα. Cfr. GRIMM, *Ueber eine eigene altgermanische Weise der Mordsühne*, nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* del SAVIGNY, I Bd. (Berlin, 1815), pag. 323-337, il quale entra in curiosi particolari tratti dalle *saghe* nordiche e veggasi pure VOIGT, *Die XII Tafeln* (Leipzig, Liebeskind 1883) Vol. 1, § 22, pag. 196 nota 6 e pag. 197, dove conclude che «die Aufnahme des Metalles als Zahlmittel erst eine dritte Entwickelungsphase ergiebt.». Ora il passaggio dal secondo al terzo stadio non poteva avvenire così recisamente da non lasciar luogo ad un periodo intermedio più o meno lungo, in cui il metallo venne a collocarsi a fianco al bestiame, come *altro genere di moneta*, anzichè surrogarvisi completamente. Ed è precisamente ad un simile periodo di transizione che si riferiscono le *leges Barbarorum*.

1) Cito seguendo l'edizione dello SCHOELL, Berol. 1880, p. 26-27.

Poi da legislatore si tramuta in sofista e s'industria a provare, con un argomento specioso, che rimarrà in fin dei conti invariata la posizione dei creditori ad onta della sua Novella, perchè già essi sarebbero giunti al medesimo risultato per le vie esecutive, qualora il debitore avesse fatta la *bonorum cessio*. « Agnoscant autem creditores, » quia etsi non hanc conscripsissemus legem, necessitatis » ratio ad hoc causam perduceret. Si enim non sit ido- » neus pecuniarum debitor nec ullus emptor, nihil aliud » facturus erat quam propriis cedere et rursus res ad cre- » ditorem merito venirent, aurum percipere non valentem ».

Le condizioni economiche, in cui versava allora l'Impero, spiegano d'altra parte i pietosi sentimenti destatisi nel cuore imperiale. La proprietà fondiaria era enormemente deprezzata, l'agricoltura languente sotto il peso di esorbitanti imposte: difficilissimo quindi il trovare acquirenti di fondi, i cui possessori pertanto, come si esprime il De Berly [1]), se privi di danaro, potevano dirsi di fatto insolventi, malgrado una fortuna apparente. Ciò stante Giustiniano pensò di venire in soccorso alla loro miseria. E giova credere ch'egli reputasse quella crisi tutt'altro che passeggiera, perchè la costituzione, con la quale introdusse il *beneficium*, non ha nulla di provvisorio, è come tutte le altre *in perpetuum valitura*, a differenza dell'analogo provvedimento di Giulio Cesare, che pure era stato occasionato da un deprezzamento di fondi.

È opportuno poi ricordare che dalla Novella 4, c. 3, fu desunta l'*Auth. Hoc nisi debitor* che sta sotto la l. 16 del Codice, *de solutionibus*, 8. 43.

1) *Op. cit.* pag. 30.

23. Quale giudizio merita questa dazione necessaria introdotta da Giustiniano?

Il JHERING, nella sua *Lotta pel Diritto,* scrive «Io » credo che si può stabilire questa massima generale: le » simpatie verso i debitori sono segno di un periodo di » fiacchezza »; queste simpatie le riscontra «nell'ultimo » periodo di svolgimento del Diritto romano, quale fu for- » mato e fissato nella compilazione giustinianea » e fra i tanti esempi che ne adduce vi ha pure il nostro *beneficium dationis in solutum* [1]). Certo vedrà la cosa altrimenti chi, lungi dal considerare la lotta quale elemento essenziale e vivificatore del Diritto, riguardi il Diritto stesso come *l'avversione per la contesa, Missfallen am Streit,* dice l' HERBART [2]). Così dovevano pensarla in generale i vecchi commentatori, che lodano il *beneficium* siccome «*in ipsa aequitate fundatum*» [3]), nè manca tra i civilisti moderni chi ne rimpiange la scomparsa dalle vigenti legislazioni [4]).

A me sembra che, pur astenendosi, nel concepire il

---

1) Trad. di R. MARIANO (Milano, Hoepli 1875), pag. 219 e 221, nota 2.

2) V. l' *Op. cit.* del JHERING, pag. 235.

3) Sono parole di AUG. LEYSER, *Meditationes ad Pandectas,* ed. 2.ª (Lipsiæ, Meisner 1737) Vol. 7, *Specimen* 531, *De datione in solutum,* § 1, pag. 963.

4) Così il BERNARDI, *Corso di diritto civile francese,* versione italiana, Vol. V. (Milano, Sonzogno 1806), pag. 305-306, trova questa misura «equa del pari che umana» e soggiunge: «Nella bilancia degli » interessi del debitore e del creditore, il primo, come più sventurato, » sembrava meritare qualche riguardo. Non si vedevano allora quegli » incanti frodolenti e collusorî, ove si aggiudicano i fondi di un misero » per un prezzo ben inferiore al giusto loro valore. No, un debito tal- » volta mediocre non ispogliava una famiglia dell' intero suo avere ».

Diritto, dagli opposti estremi [1]), sì da non sottoscrivere per nulla ad una dottrina come quella del *Jhering*, «che » si richiama, come a tradizione gloriosa, allo spirito rigo- » roso dell'antico Diritto quiritario e condanna la mitezza » del Diritto giustinianeo e assume la bieca figura shake- » speariana di Sylock a rappresentare il diritto concul- » cato [2])», anche ad onta di ciò, io diceva, il *beneficium* in discorso vada seriamente riprovato, quale frutto di una equità dispotica, per usare la frase del Borsari [3]). Noi non abbiamo che a richiamare quì gli inconcussi principî che stanno a fondamento del canone «*Aliud pro alio* «*invito creditore solvi non potest*», principî a cui mal resistono, sul terreno del Diritto, considerazioni di pretesa pietà. Nè la misura è tampoco giustificata dalle tristi condizioni economiche dell'epoca; chè anzi, quanto peggiore era lo stato della proprietà fondiaria, e tanto più ingiusto diventava il permettere di scaricarsi col mezzo di essa delle proprie obbligazioni. È forse benintesa equità il costringere il creditore a farsi acquirente di fondi ad un prezzo, che non è stato possibile realizzare sul libero mercato, prova che non corrisponde al loro effettivo valore?

All'argomento poi che Giustiniano deduce dalla *bonorum cessio*, per dimostrare che il debitore avrebbe già in essa avuto il mezzo, onde ridurre il creditore alla stessa situazione prodotta dal *beneficium*, è facile rispondere [4]) che la *bonorum cessio* colpiva tutti i beni del debitore, epperò

---

1) Di che parmi buon saggio l'opuscolo del Diena, *La lotta per il Diritto* (Bologna, Zanichelli 1885).

2) Diena, *Op. cit.*, pag. 15.

3) *Comm. del Cod. civ. it.*, Vol III, Parte II, sugli Art. 1245, 1246, § 3195, pag. 644.

4) Cfr. De Berly, *Op. cit.*, pag. 28-29.

è chiaro ch'egli non vi si risolveva che in caso estremo, dopo di aver tentato di tutto per realizzare il suo attivo [1]). Corrono ben diversamente le cose nel tema nostro. Inoltre, avvenuta la *cessio bonorum*, i beni andavano venduti e i creditori soddisfatti col ricavato; chè anzi neppur volendolo avrebbero potuto tenerli e dividerli fra loro, ostandovi espressamente una costituzione di Diocleziano e Massimiano [2]). Ed è poi risaputo che, se la vendita non dava un prezzo sufficiente a soddisfare integralmente i creditori, questi conservavano il diritto di agire pel supplemento sugli eventuali futuri acquisti del debitore. Tutto l'opposto si verifica nel *beneficium dationis in solutum*. Coi beni fondi dati in pagamento l'obbligazione è completamente estinta: non è il creditore costretto a venderli, ma se lo fa e ne ritrae un prezzo che non si adegua all'ammontare del cessato suo credito, nulla può pretendere più dal debitore [3]).

24. Passiamo ora brevemente in esame i requisiti del *beneficium dationis in solutum*.

1. Deve trattarsi di debito pecuniario. Esplicita è in questo senso la Nov. 4, c. 3, che parla di *mutua pe-*

---

1) Tanto più che, come osserva il Rittershusiu: *Novellarum expositio methodica* (Argentorati, Dolhopf 1669) Part III, cap. 3, n. 15-17, pag. 151, «datio in solutum nullam in se continet ignomi- »niam: sed cessio bonorum, etsi non est ex numero illarum causarum, »ex quibus infamia quis notatur, tamen quodammodo est ignominiosa »et gravat opinionem eius qui bonis cessit». Differenza notata altresì dal Cuiacio, *Novellarum expositio, ad Nov. IV*, nelle sue Opere, ed. cit., *Pars prior*, T. II, col. 904 A.

2) l. 4 Cod. qui bon. ced. poss. 7.71.

3) Non entro qui nella questione se differiscano altresì la *cessio bonorum* e il *beneficium dationis in solutum* quanto ai requisiti soggettivi, questione che verrà accennata nel numero che segue.

cunia. Ma altrettanto arbitrario, di fronte a questa generica espressione è il ritenere che il debito dovesse sino *ab origine* essere pecuniario [1]).

2. Causa dell'obbligazione però può essere qualsiasi contratto e non solo il mutuo. Poichè, se in principio del cap. 3 la Novella parla di *mutua pecunia*, soggiunge però al § 1 « Creditorem autem dicimus, antiquas secuti leges, » quicumque actionem contra aliquem habere potest, quam» vis id, quod gestum est, non mutuus, sed alius quidam » contractus sit ». Il Römer estenderebbe anzi il disposto della Novella alle obbligazioni tutte derivanti da negozì giuridici, ancorchè non contrattuali, richiamandosi specialmente a taluni passi, ove la parola *contractus* è usata in questo ampio senso [2]). Mi trattiene dall' aderire a quest'opinione il fatto, che Giustiniano in principio del Capitolo si riferisce a creditore « *debitoris facultatibus fidem habens* », parole che non avrebbero senso fuori dei rapporti contrattuali.

---

1) Conforme Hartmann, *Op. cit*, pag. 51, nota 2. Contra Römer, *Op. cit.*, pag. 167-168. Il *Römer* stesso confonde poi due argomenti fra loro diversi quando cita in nota, come seguace della opinione opposta alla sua, e che dovrebb' essere dunque quella ch' io adotto, lo Strykio, *Op. cit.*, cap. 2, n. 24-26. L'opinione ivi enunciata dallo *Strykio* è tale, che anche dalla mia si discosta. Egli infatti va fino a sostenere che, dato l'estremo dell'inopia, possa valersi del *beneficium* anche chi deve un *genus* diverso dalla *pecunia*, come per esempio del vino. E questa sì che è una vera estensione arbitraria della Novella, perchè quel *genus* è ancora *attualmente*, e non soltanto *in origine*, l'oggetto dovuto. Ma ben diverso è il caso a cui si riferisce il *Römer*, cioè di obbligazioni, «die ursprünglich auf einen anderen «Gegenstand gehen, aber nachher verwandelt werden in eine Geldfor«derung, sei es durch Rechtsgeschäft oder durch unerlaubte Handlung «des Schuldners ».

2) Op. cit., pag. 166.

3. Si suppone che il creditore insista pel pagamento *« verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens »*, dice la Novella. Questo requisito è interpretato dagli Autori con maggior o minor rigore [1]: a noi basta porre in rilievo questo punto, fra tutti concorde, che se il creditore rimane inattivo, non può il debitore di sua iniziativa imporgli la *datio* in discorso.

4. Le condizioni economiche, in cui deve versare il debitore perchè possa valersi del *beneficium*, sono ch' egli non solo difetti di *pecunia*, ma non possegga nemmeno sostanza mobiliare sufficiente a procurare al creditore soddisfazione nelle vie esecutive [2] e finalmente che non trovi acquirenti dei suoi fondi a condizioni accettabili.

Taluno, come per esempio il Marezoll [3], opina che ai predetti sia da aggiungere un altro requisito, che cioè goda del *beneficium dationis in solutum* soltanto quel debitore, che si troverebbe nella condizione di poter fruire del beneficio della *bonorum cessio,* nel supposto che questo anche sotto Giustiniano competesse solo al debitore divenuto insolvente senza propria colpa. Altri, pur ammettendo siffatto estremo per la *bonorum cessio* nel Diritto giustinianeo, negano ch'esso fosse richiesto dalla nostra Novella pel *beneficium dationis in solutum.* Così, per esempio, il

1) Cfr., fra i tanti, Strykio, *Op. cit.*, Cap. 5, n.i 3 e segg., pagine 182-183, Marezoll, *Ueber die datio in solutum* (V. Bibliografia), § 2, pag. 235-236, Römer, *Op. cit.*, pag. 168-169.

2) Male interpreta invece la Novella chi crede che il debitore possa anche costringere il creditore a ricevere beni mobili. Cfr. Römer, *Op. cit.*, pag. 170. Fra quelli che si occuparono *ex professo* del *beneficium*, accenno come sostenitori di quella errata opinione Strykio, *Op. cit.*, cap. 3, n. 2, pag. 175 e von Brüggen, *De beneficio dationis in solutum* (V. Bibliografia), § 30.

3) *loc. cit.*, pag. 233.

Windscheid [1]). Finalmente una terza opinione è sostenuta dal Römer, secondo cui questa ricerca sarebbe del tutto vana, perchè già nel Diritto giustinianeo più non richiedevasi quell'estremo subbiettivo nemmeno nella *bonorum cessio* [2]). Uscirei dai limiti imposti al mio tema, se mi facessi a discutere la questione circa i requisiti subbiettivi della *bonorum cessio*, ma osservo solo che, se realmente si crede ch'essa ne supponesse alcuno, questo allora dovea pure verificarsi pel *beneficium dationis in solutum*. La nostra Novella non ne fa espresso precetto, dice il *Windscheid;* questo è vero, ma gli si può obbiettare che il precetto stesso è implicito nel motivato, da noi già sopra riferito, col quale Giustiniano si sforza di provare che il creditore non subirà peggioramento del proprio stato per la dazione: il debitore, egli dice, *avrebbe pur potuto ricorrere alla cessio bonorum*, produttiva degli stessi effetti.

25. Dato il concorso dei sovraccennati estremi, i beni immobili del debitore venivano stimati in giudizio [3]), e il creditore aveva il diritto di scegliersi i migliori fino all'ammontare del credito, facoltà di scelta che l'imperatore dichiarava di accordargli in via di equo compenso (« *et per hoc habere consolationem* etc. »). Ma se debitrice era una Chiesa od una pia fondazione, il creditore, lungi dall'avere quel diritto di scelta dovea accontentarsi di ri-

---

1) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (6. Aufl.) II. Bd. § 342, nota 12, pag. 310, comb. col § 266, pag. 67-68.

2) *Op. cit.*, pag. 169.

3) Osservazioni degne di nota a proposito di questa stima nel *beneficium d. i. s.* leggonsi in Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, *zur Lehre von dem Interesse* (Braunschweig, Schwetschke 1855), § 12, pag. 107-111.

cevere beni parte fertili e parte sterili: non solo, ma gli venivano assegnati con elevazione di un decimo sul loro valore reale [1]).

Appena occorre notare che, se non ci sono beni immobili sufficienti a coprire l'intero debito, il creditore serba il diritto al residuo. Ma *quid iuris* invece se i beni immobili superano in valore l'importo del debito e non sono comodamente divisibili? Giustiniano lascia irresoluta la questione: secondo alcuni sorge in tal caso una comproprietà fra creditore e debitore [2]), secondo altri i beni vanno assegnati interamente al creditore, coll'obbligo di pagare al debitore il di più del prezzo in confronto al suo credito [3]). Io riterrei che competesse a lui la scelta

---

1) Novella 120, cap. 6, § 2, donde l'*Auth. Hoc ius porrectum*, che sta sotto la l. 14 Cod. de sacros. eccl. 1, 2. Che anzi un ulterior beneficio questa Novella accorda alle chiese e alle pie fondazioni, cioè di non ispogliarsi nemmeno della proprietà dei fondi, ma di immettere semplicemente nel loro possesso e godimento il creditore « ut fructus » colligens partim in ipsam pecuniam creditam, partim in usuras, » quarta parte centesimae non maiores, eos sibi imputet » (Cito secondo la versione dell'Osenbrüggen). Havvi però discrepanza a questo proposito fra il testo greco e la Vulgata, perchè mentre il primo lascia all'arbitrio della chiesa o fondazione pia il valersi di questo mezzo, ed anzi solo nell'ipotesi ch'esso non basti (*εἰ δὲ μὴ δυνηθῶσι τούτῳ τῷ τρόπῳ διαλύσαι τὸ χρέος*) parla della dazione in soluto dei beni invendibili colle regole che ho accennate nel testo, la Vulgata invece dà quel mezzo di pagamento come ammissibile solo se il creditore vi consente, sì da doversi far luogo assolutamente alla dazione « *si noluerit (creditor) isto modo debitum transigere* ». Cfr. Windscheid, *Op. e Vol. cit.* § 342, nota 13, pag. 311. È al testo greco che va data naturalmente la preferenza, benchè il citato *Windscheid* sembri ammettere il contrario. Bene quindi il passo greco sopra riferito fu tradotto dall'Osenbrüggen con le parole « *Quodsi hoc modo debitum solvere nequeant* ».

2) Così la pensa, per esempio, il Römer *Op. cit.*, pag. 175-176.

3) Così Rittershusius, *Op. e loc. cit.*, n. 9, pag. 150, Matt. Stephani, *Commentarius in Novellas* (Lucae, Bonsignori 1781) *Explic. Nov. IV*, n. 39, pag. 62, Strykio *Op. cit.*, Cap. 4, n. 15, pag. 181,

fra l'uno e l'altro di questi due partiti. Entrambi per verità contenevano un lato gravoso pel creditore, sia la comunione forzata, contraria alla regola « *Nemo invitus » compellitur ad communionem* » [1]), sia l'obbligo di sborsare del danaro, in aggiunta a quello che non si era potuto riscuotere. Ora, poichè Giustiniano espressamente dichiara nella sua Novella di aver voluto provvedere bensì agli interessi del debitore, ma senza gravare d'altro canto il creditore, parrebbe più conforme alla *mens imperialis* che il creditore avesse, nelle predette circostanze, almeno il diritto di appigliarsi a quello fra i due mali che gli fosse parso il minore.

Il debitore, che si valeva del *beneficium*, doveva prestare cauzione per la eventuale evizione dei beni immobili dati in pagamento al creditore [2]).

26. Volendo seguire le fasi storiche del *beneficium dationis in solutum*, possiamo intanto affermare in via generale ch'esso fu accolto in quei paesi, ove il Diritto romano ebbe forza di Diritto comune. Ma interessa entrare in qualche maggiore dettaglio per quanto riguarda la Germania, la Francia e l'Italia.

26. *bis* GERMANIA. – Il LEYSER, a proposito del *beneficium dationis in solutum*, dice ch'esso « recentioribus quoque » et saxonicis iuribus convenit » [3]). Esso trovò intanto una notevole applicazione nel § 172 del *Recessum imperii*

MAREZOLL, *loc. cit.*, pag. 243 e seg., WEIDNER, *Die Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt* (V. Bibliografia), pag. 115, SCHÖNFELD, *De datione in solutum* (V. Bibliografia) § 15, pag. 11.

1) l.26, § 4, D. de condict. indeb. 12,6.

2) « Creditoribus pro portione possessio rei immobilis ea cautio- » ne detur quam debitor praestare possit. » Nov. 4, c. 3.

3) cit. *Meditationes ad Pandectas*, *loc. cit.*, pag. 963.

del 1654, col quale s'intese sovvenire i debitori, stremati dalla famosa Guerra dei Trent'anni. Dal tenore però di questa disposizione, che alleghiamo in nota [1]), risulta errata l'affermazione del Marezoll [2]), che cioè essa non abbia apportato modificazioni di sorta al *beneficium dationis in solutum*, quale era stato regolato da Giustiniano. Noi vi rileviamo invece le seguenti due modificazioni: 1) Si stabilì che oggetto del *beneficium* potessero essere cose mobili oltre alle immobili. – 2) Si fissò una norma speciale quanto alla valutazione delle cose da darsi in pagamento, volendovi attribuito il valore medio fra quello che aveano avuto prima della guerra e quello che realmente possedevano al momento della dazione.

Emerge poi dal citato § del *Recessum* ch'esso era un provvedimento transitorio, dettato unicamente per quei «*geldklemmen Zeiten*». Ma questa transitorietà è da intendersi appunto solo relativamente a quelle due norme speciali, con cui il *Recessum* modificava il *beneficium* giusti·

---

1) « So viel nun die Capitalia anlangt, sollen...... von den Cre-»ditoribus die sonsten auffkündlichen Capitalia von drey Jahre a dato »dieses Reichsabschieds nicht auffgekündigt werden. Falls aber ein »Creditor, nach Verfliessung erstgemeldeten drey Jahren solche auff-»kündigung thäte, soll dem Debitori in den nächst darauff folgenden »sieben Jahren freystehen und zugelassen sein..... auf den Fall er «bei diesen geldklemmen Zeiten keinen baaren Mittel hätte, noch er-»langen könnte, durch Dargebung anderer Beweg-und unbeweglichen »Güther an statt baarer Bezahlung (jedoch dass dem Creditori die »Wahl nach Besag gemeinen Rechten freystehe) auf deroselben vor-»hergehende zwischen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auff das »Mittel gestellte billige Schätzung, abzulegen, der Creditor aber sol-»che anzunehmen schuldig seyn ».

2) *loc. cit.*, pag. 245-246.

nianeo. Il quale infatti, come già acquisito al Diritto comune, rimase in Germania anche dopo cessate le circostanze speciali, che aveano motivato il Recesso imperiale. Così, per esempio, il *Revidirtes Landrecht des Hertzogthums Preussen* del 1685, dopo aver posta la regola che non si possa dare *aliud pro alio* contro la volontà del creditore, stabilisce nel Libro IV, Tit. 21, Art. 1, § 1, quanto segue: «Iedoch, so der armer unvermöglicher Schuldener, dem baar Geld geliehen, mit Gelde je «nicht zu bezahlen hätte, unh ihme, dem Creditorn, kein «Schaden dahero entstehen möchte, sol von ihm der Werth «in einem andern Dinge in gebührlicher Schätzung ange«nommen werden».

Senonchè osserva il Gruchot che il *beneficium dationis in solutum,* il quale oltre a tutto è un *flebile beneficium* per lo stesso debitore, costretto ad abbandonare alla scelta del creditore le migliori cose sue, si trovò in Germania sì poco rispondente alle esigenze del movimento giuridico, che non potè mantenersi in uso fino al presente. Chè anzi i vari Diritti provinciali tedeschi *(Landrechte)* già a partire dal secolo scorso non trovarono più questo istituto vivente negli usi, nè quindi si potè più parlare della ricezione di esso [1]). Già il Grönewen accenna al *beneficium dationis in solutum* come ad istituto abrogato [2]). E in questo senso suonano le dispo-

---

1) Gruchot, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld* (che ho già altra volta citato e del quale mi servo per le notizie che seguono sul *beneficium* in Germania) § 5, pag. 71.

2) *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Lugduni Batavorum, 1649) sull'*Auth. Hoc nisi debitor*.

sizioni della *Nassau Catzenelnbogische Landordnung* del 1616 [1]) e del *Codex iuris bavarici iudiciarii* del 1753 [2]), sul quale poi il Kreittmayr osserva che il *beneficium dationis in solutum* non ci fu mai in Baviera, che non aveva nemmeno accolto pei suoi sudditi il *Recessum imperii* del 1654 [3]). Tanto meno poi lo si trova nei moderni Codici tedeschi.

26.[ter] Francia. – Il Bernardi scrive che il *beneficium dationis in solutum* era adottato in alcune provincie dei *pays de droit écrit* [4]). E lo si capisce, perchè quei paesi in sostanza reggevansi col Diritto romano. Ma convien dire che anche là cadesse presto in disuso. Già il Grönewen, nel citato passo, allude all'abrogazione del *beneficium* nei *mores Gallorum* [5]). Il Domat, fautore di siffatto istituto, nota con rammarico che «le difficoltà e gli «inconvenienti dell'esecuzione di questa Legge (la Novella «4, c. 3) *ne hanno impedito l'uso*». E continua: «Sa- «rebbe desiderabile che su ciò si prendesse qualche prov- «vedimento, come si dovrebbe provvedere a tanti altri «assurdi delle nostre decisioni» [6]). Finalmente il Pothier dichiara: «Noi non abbiamo alcun riguardo alla Nov. 4,

---

1) Th. I, Cap. 16, §. 4.

2) Cap. 18, § 11 «Der Gläubiger ist nicht schuldig statt baar »Geld sich mit Dargebung anderer Güter befriedigen zu lassen, son- »dern da der Schuldner mit Geld nicht aufzukommen vermag, soll »gleichwohl mit Vergand und allerfalligen Heimschlagung nach Maas- »gab obigen § 7 verfahren werden».

3) *Anmerkungen*, pag. 240.

4) *Op. cit.*, Vol. V, pag. 305-306.

5) *Loco citato* nella nota 2.ª pag. 70.

6) *Le leggi civili*, ecc., trad. it., T. IV (Napoli, 1790) L. 4, Tit. 1, Sez. 2, § 9, nota *a*, pag. 183.

«cap. 3, che permette al debitore, ecc.» [1]). Il Codice francese, contrariamente all'opinione del *Domat*, giudicò opportuno che questo stato di cose avesse a continuare e non diede ricetto al beneficio in discorso.

26.^{quater} Italia. – Il cardinale De Luca si fa la domanda, se il creditore sia costretto ad accettare l'offerta di beni, corrispondenti all'importo del suo credito, fattagli, allo scopo di evitare la esecuzione, o dal debitore o dai suoi eredi o da creditori posteriori. Risponde che su ciò variano le leggi delle diverse regioni. «Non potest «desuper certa statui regula generalis, cum regionum «vel Tribunalium stylis, qui diversi sunt, deferendum veniat» [2]). E, in tanta varietà, si limita a riferire ciò che praticavasi in proposito nella romana curia. Dal canto mio, il desiderio di fornire meno incompleti che fosse possibile i presenti cenni storici, mi fu sprone a compulsare numerosi Statuti delle nostre città italiane, per rintracciarvi la conferma di quella varietà di disposizioni, alla quale accenna il *De Luca*.

Il *beneficium dationis in solutum* lo trovai infatti in alcuni, ma non in tutti i predetti Statuti ed inoltre con più o meno rilevanti differenze in confronto del Diritto giustinianeo. Il caso più grave di questa specie di dazione necessaria mi apparve negli *Statuti di Verona* del 1450 [3]). Ivi si parla di dazione in pagamento di beni

---

1) *Trattato delle obbligazioni*, trad. it. (Livorno, Vignozzi 1838), n. 530, pag. 261.

2) *Theatrum veritatis et iustitiae*, Vol. e loc. cit., pag. 185.

3) *Statutorum magnificae civitatis Veronae libri quinque*, T. I (Venetiis, apud Leonardum Tivanum 1747) Lib. 2, Cap. 50, pag. 116-117 «De debitis non usurariis et dotibus ac donationibus fiat ratio in hunc modum, videlicet: quod si debitum fuerit L librarum vel abin-

mobili o immobili, che può essere imposta al debitore con la sola condizione che l'importo del debito abbia ad essere «*quinquaginta librarum vel abinde supra*»; non si dice menomamente che il debitore abbia ad essere sprovvisto di danaro o versare nell'impossibilità di procurarsene; non si dice ch'egli goda questo beneficio solo in quanto sia dal creditore perseguitato pel pagamento, sicchè può ricorrervi anche di propria iniziativa. I beni vengono debitamente stimati: il creditore ne ha bensì la scelta, ma questa non può cadere sopra certi beni immobili goduti personalmente dal debitore [1]). Vedesi adunque per quanti rispetti venisse ampliato il beneficio del Diritto giustinianeo. Anche negli *Statuti di Mondovì* e in quelli di *Civenna* e *Limonta* vediamo farsi parola del *beneficium* indipendentemente dal requisito, che il creditore agisse per il pagamento. A Mondovì poi si andava tant'oltre, da autorizzare la detenzione personale del creditore, finch'egli si fosse prestato a restituire il titolo del credito al debitore che gli imponeva la dazione, o ad addivenire ad uno strumento pubblico che la comprovasse [2]).

» de supra, et debitor dare voluerit creditoribus de suis bonis in solutum » valentibus quantitatem debiti, secundum aestimationem faciendam per » communes amicos, tunc creditor eligat unum et debitor alium ad ex- » timandum possessiones et bona mobilia debitoris, etc. -qua examina- » tione facta creditor teneatur in solutum accipere et ipse creditor non » possit nec debeat convenire, nec molestare debitorem volentem ita » satisfacere ut dictum est ».

1) « Sed debitor ipse volens satisfacere creditoribus de suis bonis, » ut superius dictum est, compellatur suo sacramento dare omnia sua » mobilia et immobilia in scriptis creditoris, et in ipsius creditoris vel » creditorum electione sit accipere de bonis et possessionibus debitoris » vel debitorum quas et quae voluerint, ubicumque sint, exceptis domi- » bus in quibus debitor habitat et horto et curia » *loc. cit.*

2) *Statutorum civitatis Montis regalis*, *Collatio secunda*, Capi-

Questo sconfinato arbitrio del debitore, di valersi del beneficio anche se il creditore rimaneva inoperoso, non lo troviamo in altri Statuti, i quali invece non ve lo autorizzano se non inquanto il creditore abbia incoata contro di lui l'esecuzione. Tali, per esempio, gli *Statuti di Valtellina* del 1548 [1]), gli *Statuti di Crema* [2]), gli *Statuti*

---

tolo XXI, nel DUBOIN, *Raccolta per ordine di materie delle leggi, cioè editti, patenti*, ecc. T. XXVIII, Vol. XXX (Torino, Arnaldi 1868), pag. 363. Mi limito a riferire la chiusa, che contiene la singolarità accennata nel testo: «Si steterit per creditorem quominus eam pos-»sessionem recipiat, vel acceptet, ipse debitor sit liberatus ipso iure »-et- D. iusdicens teneatur *personaliter detinere dictum creditorem* »*donec* fecerit praedicto debitori instrumentum pacis et finis, et reddi-»derit istrumentum seu condemnationem dicti debiti, eo salvo, quod si »creditor retinere voluerit instrumentum seu condemnationem pro de-»fensione rerum quae darentur in solutum, hoc facere possit: sed de »hoc appareat et praecipiatur publicum istrumentum ».

Statuti civili et criminali delle Terre et Huomini di Civenna e Limonta (Milano, Ramellati 1640), Cap. 55 degli *Statuti civili*, pag. 41. È notevole che anche in essi, come in quelli di Verona, al *beneficium* si fa luogo solo pei debiti che eccedono una certa somma « Alcuno »debitore obligato verso il suo creditore per publica scrittura o altri-»menti, non possi dare, nè costringere il creditore a tuor beni stabili »in pagamento dalla somma de lire venticinque imperiali in giù. Da »detta somma in sù gli possi dar tanti beni stabili in pagamento in »questo modo, ecc. ».

1) *Li Statuti di Valtellina riformati nella città di Coira nel-l'anno del Signore MDXLVIII* (Poschiavo, Landolfo 1549) Cap. 229, fol. 63 « Possa però il debitore, *dinanzi che compita sia l'executione* »- comparere dinanzi al suo giudice ordinario .... et anchora se giu-»rarà, che non habbi danari ne con inganno habbi cessato d'hauerne »possa offerirli [al creditore] de suoi beni et darli in scritto tutti li suoi »beni per il suo giuramento, così mobili, quanto immobili, et ragioni, »et actioni, et nomi de debitori, de quali il creditore possa pigliarne »de quelli che meglio gli piaceranno, per insino alla quantità del cre-»dito suo et delle spese sopra de ciò fatte.»

2) *Statuta Cremae* (Venetiis, Pincius 1536) Lib. 2, Cap. «De so-

di Camerino [1]; chè anzi in questi ultimi il beneficio della dazione è accordato al debitore solo come rimedio per liberarsi dal carcere, in cui il debitore lo abbia fatto rinchiudere.

Nella *curia romana*, per quanto afferma nel luogo citato il De Luca, il *beneficium dationis in solutum* era bensì ammesso, ma con molte restrizioni [2].

Incontransi poi nei singoli Statuti in relazione al nostro istituto delle particolarità degne di nota. Eranvi siti, dove, a compenso della forzata dazione, assegnavansi al creditore i beni per meno del loro valore reale [3], ma poi si lasciava al debitore un certo tempo per riscattarli [4], facoltà di riscatto concessa in qualche luogo an-

---

»lutionibus seu dationibus in solutum creditoribus fiendis ». Cfr. infra pag. 86 nota 1.

1) *Statuta populi civitatis Camerini* (Camerini, Ant. Gioiosus civis camers anno 1563 excudebat) Lib. 2, rubr. 109, fol. 58. Di questa rubrica, troppo lunga per essere riferita *in extenso*, riporto solo l'intitolazione e la chiusa. L'intitolazione suona «Quod carcerati pro de»bito civili dando bona stabilia relaxentur de carceribus», nè è troppo esatta, perchè lo Statuto autorizza a tal uopo anche la dazione di beni mobili. La chiusa dice «ipso creditore recusante capere, dictus »officialis teneatur praedictum debitorem carceratum de carceribus »relaxare, pena L. lib. den., dummodo dicta bona non sint alteri ob»ligata».

2) In hoc autem rigorosa est Curia contra creditorem, benigna »vero erga creditores, ut ad id cogi non debeant nisi multa verifi»centur requisita».

3) Così gli Statuti di *Civenna e Limonta, loc. cit.*, vogliono che il Podestà dia in pagamento i beni al creditore «per il quarto manco »della — estimatione —; i citati Statuti di *Crema* vogliono assegnata la cosa in pagamento «— detracta — octava parte ipsius extima»tionis loco interesse ipsius creditoris».

4) Leggesi, per esempio, negli *Statuti di Civenna e Limonta, loc. cit.* «Sia però lecito al debitore redimere detti beni datti in pa-

che agli altri suoi creditori [1]. D'altra parte troviamo Statuti, come per esempio quelli di *Milano* del 1491, che autorizzano questi creditori ad imporre essi medesimi al creditore, avente poziori diritti, la dazione in pagamento di beni del loro debitore comune [2]. E finalmente è rimarchevole come qualche Statuto, che ammetteva *per massima* questa necessaria dazione in pagamento, ne eccepisse i crediti aventi una od altra causa speciale: così a *Mondovì* essa non poteva aver luogo trattandosi di pagamento del prezzo di vendita [3], nè a *Milano* pei debiti di fitto ed altri simili [4]; e per converso troveremo altro Statuto, come quello di *Gradara* del 1363, tacere in massima del *beneficium* e soltanto in qualche caso specialissimo accordare la facoltà a un debitore di somma pecuniaria di soddisfare altrimenti che a danaro il creditore [5].

»gamento per il medemo prezzo saranno stati datti al creditore fra »dói anni ecc.»

1) Cap. 52 dei cit. *Statuti di Mondovì* (DUBOIN, *Vol. cit.*, pag. 383-384) «Creditores debitoris, licet posteriores in tempore, possint au»ferre res datas insolutum aliis creditoribus, dicti debitoris — ac sol» vere debitum illi creditori, qui aestimum accepisset et melioramen»tum etc.» E il cit. *Statuto di Crema* ha pure analogo disposto sotto il Cap. «De re extimata in solutum data priori creditori ut secundo »liceat eam luere.»

2) *Statuta seu ius civile Mediolanensium* (Mediolani, ex Bibliotheca Antoniana 1598) Vol. I, Cap. 163, 164, fol. 38.

3) L'eccezione, accennata nel già citato cap. 20, è largamente svolta nel cap. 34 (DUBOIN, *Vol. cit.*, pag. 370).

4) *Statuti citati*, Vol. II, Cap. 413, fol. 193 «Debitor ex causa »ficti temporalis vel libellarii aut pensionis aut adiutorii massaricii »non possit offerre de bonis suis in solutum creditori suo ex prae»dictis causis, nec aliqua earum.»

5) *Statuta terrae Gradariae* (nella *Collezione di documenti*

Del *beneficium dationis in solutum*, con espresso riferimento all'Autentica *Hoc nisi debitor*, tratta dalla Nov. 4, c. 3 di Giustiniano, è fatta parola ancora nelle *Regie Costituzioni piemontesi* del 1723 e del 1770, le quali poi volevano (conforme al disposto di taluno dei precitati Statuti) che nella dazione il valore delle cose si calcolasse per un tanto al di sotto del reale [1]).

Ma il *beneficium* non passò invece nel Codice Albertino e nemmeno negli altri vigenti in Italia prima dell'unificazione. Altrettanto dicasi in ordine al Codice nostro.

27. Dove e fino a che fu in vigore, il *beneficium dationis in solutum* divenne fonte di numerose questioni. Lo si doveva ritenere esclusivamente personale? Già vedemmo che qualche Statuto non lo risguardava tale, autorizzando a valersene i creditori del comun debitore. Ma *quid* nel silenzio della legge locale? E ad ogni modo, doveva concedersi anche al fideiussore la facoltà di pre-

---

storici antichi inediti ed editi rari delle città e terre marchigiane del CIAVARINI, T. III, Ancona, Tip. del Commercio, 1874), Cap. 44, pag. 26 «Item quod sit in electione debentis solvere pensionem dare »octo solidos vel bonam petiam carnium, quinque solidos vel bonum »par caponum, duodecim denarios vel bonam focagiam, dummodo pe»tia carnium valeat quantitatem praedictam octo sol., par caponum »valeat quinque sol. et focagia valeat XII denarios.»

1) *Regie Costituzioni del 1723*, Lib. 3, Tit. 34 Cap. 50 *50* (DUBOIN, Tomo V, Vol. VII (Torino, Picco 1829) pag. 251) «A favore del »debitore che avanti la contestazione della lite, offerirà di dar al »creditore tanti dei suoi beni alla forma e mente dell'*Auth. hoc nisi* »*debitor C. de solut.* se si tratterà di stabili, si dedurrà a favor del »creditore la sola quarta parte del prezzo che saranno stimati, se di »vettovaglie, si detrarrà la sola vigesima.» Le Costituzioni del 1770 sotto lo stesso Titolo, al Cap. 42 (DUBOIN, *Vol. cit.*, pag. 263) dicono invece «se di mobili o semoventi l'ottava, e se di vittuaglie, »censi o altri annui redditi, si detrarrà la vigesima, ecc.»

tendere, nel silenzio del debitore principale, che i beni di costui invendibili li prendesse in pagamento il creditore, prima di escutere i suoi? [1]). *Quid* della rinuncia al beneficio in discorso? [2]). *Quid* del debitore di un censo, che, volendolo riscattare, pretendesse valersi del beneficio dando il prezzo di riscatto altrimenti che in danaro? [3]) Dovevano,

---

1) Su ciò ebbe a pronunciarsi, per esempio, la *Rota romana*, che adottò la negativa, perchè il *beneficium dationis in solutum*, come odioso ai creditori, deve interpretarsi restrittivamente, Decis. 4 Dic. 1651 ed altre ivi citate. È la XXIV delle *Decisiones sacrae romanae Rotae* raccolte dal FANTINI in appendice al Trattato del DE OLEA, *De cessione iurium et actionum* (ed. 5, Lugduni, Arnaud 1669), pag. 41-43.

2) Taluno dei già citati Statuti espressamente ne dichiaravano la validità «Et haec locum habeant nisi partes aliter convenissent »et huic Statuto expresse renunciassent.» *Stat. di Verona*, loc. cit. »Et tutte queste cose se intendano, eccetto se altrimente fusse con»venutto fra il creditore, et il debitore, la qual conventione in tutto »si debba seruare». *Stat. di Valtellina* loc. cit. Tutto l'opposto nelle *Costituzioni piemontesi* del 1723 e del 1770, dove leggesi (loc. cit.) »il che avrà luogo eziandio che si fosse rinunziato in qualunque modo »e forma al benefizio di detta Autentica [*Hoc nisi debitor*].» Quanto alla dottrina, leggo nell'opera *De contractibus iuratis* Jo. GUTERII PLACENTINI HISPANI che il punto era molto disputato: l'A. ammette valida la rinuncia a valersi del *beneficium*, specie se rafforzata da giuramento, considerando che con essa si torna al principio di *ius comune Aliud pro alio* etc. (Detta opera trovasi nel T. VI, Parte II del *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum cæsarei iuris facultate iurisconsultorum*, Venetiis 1584 e il luogo citato è al Cap. 29, n. 3 fol. 76) V. pure per l'affermativa STRYKIO, *Op. cit.*, C. 7, n. 2, pag. 192. A JACOPO invece simile patto era apparso «turpe »et contra humanitatem et charitatem», per quanto riferisce BARTOLO, *Commentaria super Authenticis* (Lugduni 1555) *ad Auth.* 4, § *Quod autem* n. 9, fol. 10 *verso*, il quale *Bartolo* a sua volta riteneva che tale questione si risolvesse nell'altra della rinunciabilità o meno del *beneficium cessionis*.

3) Sulla questione si consultino specialmente LUDOV. CENCIO, *De*

nei riguardi di questa *datio in solutum*, accordarsi speciali favori al debito concernente la dote, od occorrevano all'uopo espressi patti? [1]) Il debitore avrebb'egli potuto, nel far uso del *beneficium*, dare in pagamento dei crediti proprî, o dovevano questi ritenersene esclusi, ancorchè fosse per avventura autorizzata la *datio in solutum* di beni mobili? [2]).

Queste ed altre simili dispute, frequenti nella pratica, costituivano altrettanti ostacoli alla speditezza e alla sicurezza delle negoziazioni, epperò si spiega come il *beneficium dationis in solutum* sia scomparso primieramente nella materia commerciale, che di tale speditezza e sicurezza al massimo grado abbisogna [3]).

---

censibus (Augustae Taurinorum, Tarini 1638) *quaestio* 108, n.i 1-14, pag. 307-309 e FR. SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum*, T. I (Venetiis, ex Typ. Balleoniana 1701) Pars I, Cap. XXII, n.i 16, 22, 23, pag. 134-135.

1) Leggo, per esempio, nel *Tractatus de fideiussoribus* di PIRRHUS MAURUS ARRETINUS (Venetiis, Ciotto 1622) *Primae part. princip.*, 3 Sect. prael. Cap. 7, n. 19, pag. 87, che in questo caso «debet » creditor consequi utilitatem tertii pluris.» Sono ivi citati gli Autori, che ritenevano all'uopo necessario un patto speciale.

2) Questione che si fa anche da moderni romanisti nell'interpretare la Nov. 4, cap. 3. Noi che già dichiarammo essere oggetto della dazione necessaria, quivi contemplata, i soli beni immobili, ne escludiamo naturalmente i crediti. Conf. RÖMER, *Op. cit.*, pag. 170 e seg. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, 2. Aufl. (Leipzig, Tauchnitz 1868) IV Buch, 1 Kap. § 90 (Vol. II, pag. 152). **Contra** SCHLIEMANN, *Die Haftung des Cedenten* (2. Ausg. Rostock, Stiller 1850) pag. 55 testo e nota 48.

3) Troviamo intanto il LEYSER dichiarare (*Op. e Vol. cit.* § 2, pag. 964-965) esclusi dal *beneficium* i debiti cambiarî. Ed è prezzo dell'opera il riferire le sue parole in proposito, perchè arieggiano il frasario proprio di una certa scuola, che sfoggiando al dì d'oggi una terminologia attinta alla scienza biologica, crede seriamente di

Per parte nostra abbiamo voluto accennare a questo labirinto di controversie, che sollevava in passato il *beneficium dationis in solutum*, per trarne nuovo argomento a concludere che fu savio partito il proscriverlo dalle moderne legislazioni [1]).

Capo II.

Della esecuzione che si risolve in una dazione necessaria.

Sommario.

---

dire cose originali e di rinnovare *ab imis* l'edificio giuridico! «Cambia » illud sunt in commerciis quod circulatio sanguinis in corpore humano. Sicuti corpus per circulationem sustinetur et ea interrupta » languet atque corrumpitur, ita nec commercia, si circulationem » cambiorum demas, florere poterunt. Itaque cambia instar pecuniae » numeratae esse debent, et qui cambios possidet, non minus securus » sit oportet quam si nummos ipsos haberet. At, si debitori cambiali » dationem in solutum permittas, praecipua cambiorum utilitas con- » cidet, desinentque illa vice paratae pecuniae habere». Per la proscrizione poi del *beneficium* da *tutti i debiti commerciali*, e non solo dai cambiari, V. il *Regio biglietto di Carlo Emanuele III al Consolato di Torino* del 7 Luglio 1733, nel Dubois, T. V, Vol. VII, pag. 254.

1) Fa eccezione il *Liv - Est - und Curländisches Privatrecht* dello czar Alessandro II (St. Petersburg, 1864), Art. 3517-3519 (pag. 601).

31. Esecuzione che si risolve in una dazione in pagamento per elezione del creditore: 1.) Aggiudicazione del pegno secondo l'Art. 1884 del Codice civile. Maggiore estensione della *impetratio dominii* secondo il Diritto romano e il Diritto statutario italiano.
31.*bis* 2.) L'Art. 638, 1. capov. del Codice di procedura civile.
31.*ter* 3.) L'Art. 643, 1. comma del Codice di procedura civile.
31.*quater* 4.) L'Art. 620 del Codice di procedura civile. Motivi per cui lo si colloca sotto il presente Capo e se ne esclude invece l'Art. 619 dello stesso Codice. *Quid* nel caso di rendite perpetue, che importano prestazioni in derrate.

28. La esecuzione personale, della quale fortunatamente sono scomparse presso di noi sino le ultime traccie, rappresentò invece la massima delle dazioni in pagamento necessarie in quelle epoche, in cui dominava sovrano il principio « *Qui non luit in œre luat in corpore* [1]) ». La perdita della vita o della libertà, o per lo meno la prestazione di tanti personali servigî proprî o persino dei proprî figli, quanti corrispondevano in valore all'importo del debito [2]), ecco il mezzo di coattiva soddisfazione, che veniva a surrogarsi alla mancata prestazione dell'oggetto dovuto.

Ma anche col sistema della esecuzione reale, se avvenga per esso che il creditore consegua in definitiva cosa diversa dalla *res debita*, non sarà fuor di luogo il discor-

1) Ricordisi pure l'adagio germanico « *Wer nichts im Beutel hat, muss mit der Haut zahlen* », su cui V. Hillebrand, *Deutsche Rechtssprichwörter* (Zürich, Meyer u. Zeller 1858), pag. 100-102.

2) Si pensi alla rigorosa esecuzione personale dell'antica Roma. E nelle Sacre Carte leggiamo: « Et mulier una de uxoribus prophetarum » clamabat ad Eliseum dicens: Servus tuus vir meus mortuus est — » et creditor venit, ut tollat ambos filios meos sibi in servos. » Reg., Lib. 4, Cap. 4, vers. 1. Ciò, scrive il De Olea *cit.*, *De cessione iurium et actionum*, Tit. III, quæst. 6, n. 19, pag. 184, « *ut loco pecuniæ deserviant* ». E soggiunge « Similiter in nostra Hispania debitores cre- » ditoribus ad serviendum traduntur ».

rere di dazione in soluto. Sarà poi sempre questa una dazione *necessaria* per mancanza di consenso del debitore, in relazione al quale parlasi appunto di esecuzione *forzata*. Guardata poi la cosa dal lato del creditore, potrà essere ch'egli, incoata l'esecuzione, venga in conseguenza di essa a ricevere un *aliud pro alio* anche malgrado suo, ovvero per propria elezione. Sicchè, riassumendo, data l'esecuzione forzata, parmi di poter distinguere due categorie di casi in cui essa produce una dazione in pagamento necessaria: 1.) casi di dazione coatta dal punto di vista del debitore e del creditore — 2.) casi di dazione coatta dal punto di vista del debitore soltanto.

29. Prima di proceder oltre, dobbiamo avvertire che con la presente materia non va confusa l'ipotesi, in cui sia la sentenza stessa del giudice che importi dazione in pagamento. La dazione coattiva è allora frutto dello stadio di cognizione e non di quello ulteriore di esecuzione. Per recare di ciò l'esempio più caratteristico, ricorderò il sistema processuale romano dei tempi classici, secondo il quale la *condemnatio* non poteva essere che a danaro, per quanto diverso fosse l'oggetto dell'azione esperita. Laonde fu ben detto [1]) che a quell'epoca la sentenza dal lato dei giudici era l'obbedienza al comando del magistato contenuto nella formula, dal lato delle parti il saper mutato il condizionato nell'incondizionato e *l'illiquido* (*res*) *nell'obbligo certo e liquido* (*pecunia*) [2]). Noi invece supponiamo che il debito non abbia subita mo-

---

1) Buonamici, *La Storia della procedura civile romana*, Vol. I (Pisa, Nistri 1886) Cap. 10, pag. 344.

2) Cfr. pure Müller, *Die Lehre des römischen Rechts von der Eviction* (Halle, Pfeffer 1851) I Th., pag. 104-105. Egli, nel considerare l'effetto della *condemnatio* più particolarmente in relazione alla

dificazione di contenuto per effetto di sentenza. Anzi una sentenza può anche non essere intervenuta, procedendosi all'appoggio di altro titolo esecutivo; ed è invece in questo stadio esecutivo che andiamo a rintracciare dei casi di dazione necessaria nelle due separate categorie, che più sopra accennammo.

30. Esecuzione che si risolve in una dazione necessaria anche a dispetto del creditore:

1.) Il modo normale di funzionare del procedimento esecutivo consiste nella vendita all'asta delle cose del debitore per soddisfare col danaro ritrattone i creditori. Orbene, questi si troveranno subire per ciò delle dazioni in pagamento, quante volte il loro credito non fosse pecuniario. Ipotesi contemplata dagli Art. 2081 capov. del Codice Civile, relativo alla spropriazione forzata degli immobili e 568 del Codice di procedura civile, relativo alla esecuzione mobiliare. A tenore del primo « la vendita al» l'incanto non può aver luogo, se il debito, *di qualun» que natura esso sia*, non è stato prima determinato in » una somma di danaro ». E analogamente il secondo: « *Se il debito sia di specie non liquidate, e di effetti » non stimati*, finchè non sia seguita la liquidazione o fatta » la stima, non si può procedere alla vendita dei beni ».

---

vindicatoria, soggiunge altresì che quivi « tritt nur die Verschiedenheit » hervor, dass in einer der regelmässigen Form der *in solutum da» tio* entgegengesetzten Richtung, der zur Restitution Verpflichtete » der Schuldner des Evincenten auf das Pretium wird. Die Gegenlei» stung des Gläubigers bestehet in der Verpflichtung zur Cession der » Restitutionsklage ». E con ciò mi sembra che il Müller cada nell'errore di ammettere come caso normale di *datio in solutum* solo quello in cui il debitore dia *rem pro pecunia*. Sul quale errore V. *supra*, mio n. 2, pag. 10-11.

30.[bis] 2.) Dato pure che il debito sia pecuniario, havvi un caso nella esecuzione mobiliare, in cui il creditore si trova costretto a ricevere cosa diversa dal danaro, perchè la esecuzione non percorre la via che dicemmo normale, cioè non avviene la vendita delle cose esecutate. È il caso dell'art. 637 C. p. c., secondo il quale « gli oggetti d'oro e d'argento rimasti invenduti » per mancanza di oblatori, sono dall'ufficiale procedente » ritenuti in deposito come denaro, per essere nella di» stribuzione del prezzo assegnati, per il solo valore intrin» seco, in pagamento al creditore istante e agli altri cre» ditori ». « È questa », scrive il Ricci, « una eccezione al » principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, » e la sua giustificazione sta in ciò, che l'oro e l'argento » si ricevono in commercio come moneta sino alla concor» renza del loro valore intrinseco » [1]).

30.[ter] Trattandosi invece di esecuzione immobiliare, non può mai avvenire, secondo la legislazione nostra, che il creditore esecutante si trovi *mal suo grado* costretto a prendersi in pagamento del debito gli immobili esecutati, per ciò che manchino oblatori all'incanto. Basta ch'egli abbia fatto aprire l'asta sul prezzo determinato da perizia, anzichè sull'offerta del multiplo del

---

1) Ricci, *Commento al Codice di procedura civile italiano*, Vol. III, 2.ª ediz. (Firenze, Cammelli 1878), pag. 122. Leggesi nelle *Regie Costituzioni piemontesi* del 1723 Lib. III, Tit. 34 n. 28 e del 1770 Cap. 31 (nel cit. Dubois, Tomo V, Vol. VII, pag. 249 e 261) « Se i mobili » esecutati consisteranno in mercanzie, bestiami, suppellettili e sto» viglie di casa, o sieno vasi, *esclusi però l'oro e l'argento* (*dalla » giusta stima dei quali si detrarrà in odio del debitore la sola » fattura*), saranno deliberati al creditore in difetto d'offerente pel » quarto meno della somma stimata; ma se saranno vettovaglie, come » grano, vino, olio, e simili, si prenderanno all'estimo che ne sarà » fatto col solo utile della decima meno ».

tributo diretto, perchè abbia modo di evitare la forzata aggiudicazione dei predetti immobili. È noto infatti che allora, in mancanza di offerte all'incanto, il Tribunale ordina che lo si rinnovi in altra udienza, ribassando il prezzo di un decimo almeno, e così successivamente finchè non si abbiano offerenti (Art. 675, capov. C. p. c.). Solo invece nel caso che il prezzo d'asta sia stata l'offerta del creditore, andando l'asta deserta, gl'immobili restano a lui aggiudicati per quel prezzo (cit. Art., 1.° comma). Ma allora non parleremo di dazione in pagamento che il creditore si trovi costretto a subire suo malgrado, poichè fu egli stesso che volle esporvisi prescegliendo per base dell'asta il mezzo dell'offerta a quello della perizia.

Ben altrimenti secondo talune legislazioni, che vigevano prima in Italia. Pel Codice estense del 14 Giugno 1832, stimati gli immobili dai periti, in una prima asta aggiudicavansi al miglior offerente, purchè l'offerta arrivasse al prezzo d'estimo. Fallendo l'offerta, si riapriva l'asta, diminuito il prezzo d'estimo del dieci per cento. E se anch'essa andava deserta, gli immobili aggiudicavansi al creditore [1]). Norme analoghe leggevansi nel Co-

---

1) Quest'assegno dei beni al creditore esecutante, per difetto di oblatori all'incanto, era frequente negli *Statuti* delle varie città italiane. Cfr. fra tanti gli statuti di BELLUNO (*Statutorum seu iuris municipalis magnificæ communitatis civitatis Belluni*, Venetiis, De Thomasis 1525) L. II, Cap. 2, fol. 41 e seg.; della PATRIA DEL FRIULI *Statuti della Patria del Friuli* secondo la revisione del 1673, Udine, Schiratti 1673) Cap. 59, pag. 55-56; di CREMA (Venetiis, Pincius 1536) Lib. II, Cap. « *De solutionibus seu dationibus in solutum creditoribus fiendis* fol. 52-53; di NOVARA del 1460 (nel DUBOIN cit. T. XXVIII, Vol. XXX, Torino, Arnaldi 1868) Lib. II, Cap. 353 e segg., pag. 697 e segg., ma propriamente non pel caso di ordinaria esecuzione, ma

dice parmense del 16 Giugno 1820, con questo di più, che, a compensare i creditori dell'obbligo di ricevere, buono o malgrado loro, i fondi del debitore, che non era stato possibile di vendere, venivano loro aggiudicati col diffalco di un sesto [1]). L'aggiudicazione necessaria era stabilita altresì dall'Art. 54 della Legge napoletana del 1828 [2]). E finalmente ad un'aggiudicazione coatta degl'immobili, in difetto di oblatori, conduceva altresì il Progetto

---

di consegna dei beni fatta o promessa dal debitore; di ASSISI (*Magnificæ civitatis Assisii statutorum Liber secundus, De civilibus causis* del *1469*, Perusiæ 1543), fol. 4-5, rubr. 11; di ANCONA (*Constitutiones Marchiæ Anconitanæ*, Venetiis 1540) Lib. V, Cap. 4, fol. 37 *verso;* di AREZZO (*Liber statutorum Arretii*, Florentiæ, Marescoti 1580) Lib. II, *passim;* di MONTEFELTRO del 1384 (nel CIAVARINI, *Op. cit.*, T. III), Cap. 37, pag. 273-277; di GRADARA del 1363 (*Statuta terræ Gradariæ* nel cit. *Ciavarini*) Cap. II, pag. 11, e Cap. XI, pag. 14-15; di CAMERINO (*Stat. cit.*) Lib. II, rubr. 4, fol. 31 e segg.; di CATANIA (*Consuetudines clarissimæ civitatis Cataniæ*, nel VON BRÜNNECK, *Siciliens mittelalterliche Stadtrechte*, Halle Niemeyer 1881, I Th.), Cap. 103, pag. 245. Veggasi pure nello stesso VON BRÜNNECK, *Op. cit.*, II Th. (*Systematische Darstellung*) pag. 298, *l'Ordinanza processuale* di re *Alfonso* V. Cap. 113. — Soltanto negli Statuti di TRIESTE trovai scrupolosamente rispettato l'interesse del creditore, nel senso che non gli dovesse mai essere imposta la ricezione in pagamento degli immobili esecutati, invendibili. Infruttuosamente ripetuti, con diminuzione del prezzo d'estimo, gl'incanti, aveva egli *facoltà*, non obbligo di prendere l'immobile per quel tanto, per cui si sarebbe potuto nel precedente incanto aggiudicare ad altri (*Statuta inclytæ civitatis Tergesti*, Utini, Fongarini 1727), Lib. II, rubr. 22, pag. 184-187.

1) Art. 853. Anche di ciò l'esempio era dato da precedenti Statuti. V. precisamente, fra i citati nella nota anteriore, quelli della PATRIA DEL FRIULI, che vogliono si faccia la «detrattione del terzo delle fab»briche»; per la quarta parte del loro valore erano assegnati in pagamento gl'immobili, in mancanza di acquirenti, dalla citata Ordinanza processuale di re Alfonso V.

2) Cfr. GARGIULO, *Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, II (Napoli, Marghieri 1872) sull'Art. 675, pag. 322 e segg.

ministeriale del nostro Codice di procedura civile, il quale, sulle orme del Codice sardo del 1859 [1]), proponeva (Art. 663) che il creditore istante *dovesse offrire* un prezzo non minore di cento volte il tributo diretto verso lo Stato *ed esibisse* di pagare il prezzo stesso secondo gli ordini del Tribunale. Della reiezione di questo sistema sono somministrati i motivi nella Relazione del Ministro Vacca a S. M. Vi si dice fra altro « come il divisato sistema ve-
» nisse in aperto contrasto col noto principio del non po-
» tersi costringere il creditore repugnante a ricevere l'*a-*
» *liud pro alio*; di che seguirebbe che il creditore, cui
» mancasse il volere o il potere di fare l'acquisto, an-
» dasse ridotto all'inazione, oppure a sacrificare il pro-
» prio credito specialmente ai creditori meglio forniti di
» mezzi o d'iniziativa ». Ed esposte quindi le ragioni, che suffragano il sistema adottato invece dal Codice nostro, vi si conclude che con esso « si ha convertito il fon-
» do in danaro, evitando l'assegno, che è partito non le-
» gittimo, perchè porge cosa invece di danaro, e non de-
» cisivo, perchè pone i creditori in una comunione non
» possibile » [2]).

Io, che nel canone *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* ravviso uno di quei principî di suprema giustizia, al quale conviene apportare il minor numero possibile di restrizioni, trovo lodevole in massima il sistema adottato dal nostro Codice.

Lo avversa invece il Froio [3]), strenuo fautore del-

---

1) Art. 793. Nel Codice Sardo del 1854 V. Art. 770.

2) *Relazione ecc.*, n. 69, pag. 38 e segg. dell'edizione del Codice di procedura civile del Gianzana (Torino, Unione 1883).

3) *Elementi di procedura civile*, Parte II, 2.ª edizione (Napoli, Gioia 1869) Cap. 3, n.i 12-14, pag. 34-35 e Cap. 10, n.i 12-16, pag. 135-137.

l'assegno coattivo. E fin qui sarebbe questione di diverso modo di sentire, ch'io mi guarderei dal discutere, se non fosse che il chiaro Autore lo appoggia ad una inesatta interpretazione del citato canone, *aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* Egli lo dice invocato fuori di luogo dalla Relazione ministeriale, perchè quel principio importa solo il divieto pel debitore d'imporre una *datio in solutum* al creditore, e qui non è egli che la impone, perchè nella esecuzione è parte passiva e non attiva. « Può dirsi », egli conclude, « che siavi oltraggio alla » massima ricordata, mentre la necessità dell'aggiudicazio» ne sorge pel fatto nuovo della tentata esecuzione? » Obbietto che il più volte enunciato canone è troppo generico e troppo incondizionatamente usato dalle fonti, perchè lo si debba restringere all'ipotesi di inazione del creditore. Sarebbe come dire che siffatto principio, di cui pur vedemmo il fondamento altamente razionale e la estesissima portata, sarebbe stato dettato proprio in vista del caso meno pratico, chè certamente non accade così spesso che i debitori siano tanto solleciti a soddisfare le loro obbligazioni, mentre i creditori se ne stanno inoperosi.

Altrove lo stesso Autore, a sostegno della sua tesi, limita in un senso anche meno accettabile quel canone latino (userò le sue parole), che i codici di questo secolo hanno ereditato sanzionando che il creditore non possa essere costretto a ricevere una *cosa diversa* da quella che gli è *dovuta* (cod. franc. art. 1243, sic. art. 1196, ital. art. 1245).

« Potrebbe dirsi che cotesti codici riguardano le ob» bligazioni singolari, che a certa e determinata cosa si » riferiscono e non già quelle generiche, rappresentate

» da somma di danaro, che trova un equivalente nel va-
» lore, nel prezzo delle cose che si cedono ».

Quanto sono venuto esponendo sin qui nel corso del mio lavoro, mostra l'assoluta arbitrarietà di siffatta interpretazione, che sovvertirebbe quasi interamente il cardine, su cui riposa la teoria della dazione in pagamento. Secondo il *Froio* dunque chi mi deve una somma che gli ho prestata, potrà liberarsi dandomi qualunque altro genere di oggetti, perciò che l'Art. 1245 del Codice non sia da applicarsi a debiti pecuniari! Questa conclusione si confuta da sè.

31. Esecuzione che si risolve in una dazione in pagamento per elezione del creditore:

1.) Il *creditore pignoratizio* non è obbligato a far vendere il pegno all'incanto, ma ha la facoltà di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga in pagamento presso di lui fino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi per mezzo di periti (Art. 1884 C. c.). Ov'egli si valga appunto di questa facoltà, che deriva dalla *impetratio dominii* del Diritto giustinianeo [1]), avremo un caso di dazione in pagamento, che segue *invito debitore*, ma *creditore volente.*

Il citato Diritto giustinianeo andava anche più in là del nostro, facoltizzando il creditore a questa *impetratio dominii* non soltanto s'egli era munito di un pegno convenzionale, ma eziandio trattandosi di *pignus in causa iudicati captum*, supposto il difetto di compratori o di of-

1) V. specialmente l. 3. Cod. de iure dom. impetr. 8. 34, di Giustiniano. È degno di nota che questa *impetratio dominii* trovasi agguagliata alla *datio in solutum voluntaria* nella l. 24, pr. D. de pigner. act. 13, 7.

ferte accettabili [1]). Eravi però questa differenza fra l'aggiudicazione al creditore del pegno convenzionale e l'aggiudicazione del pegno giudiziale, che, se il credito eccedeva il valore del pegno, il creditore conservava un'azione personale pel supplemento nel primo caso [2]), e non invece nel secondo « quia velut pacto transegisse de cre- » dito videtur qui contentus fuit pignora (in causa iudi- » cati capta) possidere » [3]).

Gli Statuti delle nostre città italiane, nei quali, a proposito dell'esecuzione forzata, sono frequenti i titoli « *De dationibus in solutum* », « *De bonis in solutum dandis* » ecc., allargarono anche di più il disposto del Diritto romano. Poichè, se questo facoltizzava il creditore a farsi aggiudicare le cose del debitore *solo nel supposto* che le cose stesse non trovassero compratori, negli Statuti invece mi accadde di trovare come misura generale la incondizionata aggiudicazione al creditore, se egli la presceglieva all'incanto [4]). E molti fra essi stabilivano per di più che

---

1) l. 15, § 3, D. de re iudic. 42,1; l. 3, Cod. si in caus. iudic. 8.23; l. 3, Cod. de execut. 7.53.

2) cit. l. 3, Cod. de iur. dom. impetr. 8.34.

3) cit. l. 15, § 3, D. de re iudic. 42.1.

4) Al *pignus in causa iudicati captum* corrisponde quella che nel linguaggio degli Statuti è detta comunemente *tenuta*. Sul quale vocabolo leggesi appunto nel DUCANGE, *Glossarium mediæ et infimæ latinitatis* (Parisiis, Firmin-Didot, 1846) T. VI, pag. 538-539 « Tenuta » seu inductio in possessionem » e ne reca esempi tratti appunto dal Diritto statutario. Più sotto il CARPENTERIUS aggiunge « *Tenuta*, obsi- » gnatio, manucaptio, gall. *saisie* ». Di assegnazioni poi *in solutum* susseguenti alla *tenuta*, anche senza necessità di previo incanto, troviamo esempio negli statuti di TORINO del 1360 (nel DUBOIN, *Op. e Vol. cit.*) Cap. 18; di NOVARA (*Stat. cit.*) Lib. II, Cap. 336, pag. 691; di MONDOVÌ (*Stat. cit.*) Cap. 20, pag. 361-363; di CUNEO (nel DUBOIN, *Op. e Vol. cit.*) Cap. 135 e segg., pag. 95 e segg.; di FERRARA (*Statuta urbis Ferrariæ reformata anno D.ni MDLXXVII.* ex Typogr.

quest' aggiudicazione dovesse farsi per un prezzo inferiore al reale [1]). Resta spiegato così come i Dottori parlino della *datio in solutum*, od aggiudicazione al creditore dei beni del debitore, come di uno dei mezzi normali di esecuzione. Mi basterà riferire fra tanti il seguente passo di BARTOLO: « Et debes scire quod in executione rei iudi-

---

Camerali 1690), Lib. II, Cap. 25, fol. 41-44; di PEGLIO del 1617 (*Statuta Castri Pilei*, nel CIAVARINI, *Op. e Vol. cit.*) Cap. 33, pag. 131-134 e Cap. 47, pag. 139-140; di BIANDRATE del 1395 (*Statuta insignis oppidi Blanderati*, ex ædibus Palatinis), Cap. 9, pag. 10; di VICENZA (*Jus municipale vicentinum*, Venetiis, Contrini 1567), Lib. 2, fol. 105; di GENOVA (*Statuta et decreta communis Genuæ*, Venetiis apud Dominicum Nicolinum 1567), Lib. II, Cap. 2, pag. 40; di VAL SICCIDA (*Statuta curiæ superioris Vallis Siccidæ*, Varalli, Ranelli, 1624). Cap. 108, pag. 34; di PAVIA (*Statuta civitatis et principatus Papiæ*, Ticini, Bartolo 1590) rubr. 48, pag. 74-78: della VALTELLINA (*Stat. cit.*), Cap. 229, fol. 62 *verso* - 63; di CREMONA (*Statuta civitatis Cremonæ*, Cremonæ 1578), rubr. 344, pag. 106-107; di BERGAMO (*Statuta magnificæ civitatis Bergomi*, Bergomi, Santini 1727) *Collatio III*, Cap. 48, pag. 116-118; di BOLOGNA (*Statuta civilia et criminalia civitatis Bononiæ*, ed. PH. CAR. SACCUS, T. I, Bononiæ, Pisarri 1735), rubr. 32, § 12, pag. 75-76; di FIRENZE del 1415 (*Statuta populi et communis Florentiæ* T. I, Friburgi Kluch), L. II, rubr. 57, par. 151-152; di MESSINA (nel VON BRÜNNECK *cit.*), Cap. 40, pag. 90-91; di SASSARI del 1316 (*Codice degli Statuti della Repubblica di Sassari*, edito ed illustrato dal TOLA, Cagliari, Timon 1850), Lib. II, Cap. 19, pag. 198; di PARMA del 1255, a favore del fideiussore in confronto del debitor principale (nei *Monumenta historica ad provinc. parmens. et placent. pertinentia*, Parmæ, Fiaccadori, Vol. I, 1856), Lib. II, pag. 242 ecc.

Sono poi norme comuni a quasi tutti questi statuti, che non si possano dare *in solutum* immobili se non in difetto di mobili, che altri creditori possano revocare simile *datio in solutum*, col soddisfare il creditore in cui favore era stata fatta, e che al debitore competa diritto di ricupero, entro un certo termine, degli immobili aggiudicati.

1) V. fra altri, gli Statuti di TORINO, di GENOVA, di VAL SICCIDA, di SASSARI, ai luoghi citati nella nota precedente.

» catæ habes quadruplex remedium. Unum est quod pos-
» sideat tamquam creditor loco pignoris et habeat loco pi-
» gnoris ut C. si in cau. iudi. pign. Aliud est quod ven-
» dantur illa bona.... « Aliud est ut tamquam extraneus
» emat ut l. 2 Cod. si in caus. iudi. *Aliud est remedium*
» *ut detur in solutum* » [1]).

In questi dettagli d'importanza puramente storica ho creduto bene di entrare, ravvisandovi il parallelo del già discorso *beneficium dationis in solutum*. Come questo rappresenta la massima offesa al canone *aliud pro alio* INVITO CREDITORE SOLVI *non potest*, così questo incondizionato diritto del creditore di pretendere l'aggiudicazione delle cose del debitore rappresenta la massima offesa all'altro canone correlativo, che dicemmo potersi esprimere con un adagio simile « *Aliud pro alio* INVITO DEBITORE PETI *non potest* ». Vi si possono applicare dunque censure analoghe a quelle esposte intorno al *beneficium dationis in solutum*.

31.bis 2.) Se la esecuzione mobiliare cade sopra oggetti che non sono stati stimati, ed all'incanto non si presentino oblatori, il Codice di procedura civile vuole che l'incanto si rinnovi, ma però se è uno solo il creditore istante, egli *può esigere* che i detti beni vengano aggiudicati a lui a prezzo di stima, da farsi per mezzo di perito nominato dall'ufficiale incaricato della vendita (Art. 638, 1.° capov.).

31.ter 3.) Ancora nella stessa esecuzione mobiliare

---

1) *Comment. in primam Digesti novi partem* (Lugduni 1555) sulla *l. si pignora, de re iudic.*, fol. 133 *verso*, n. 3. Cfr. pure SALGADO DE SOMOZA, *Op. cit.*, Pars I, Cap. 18, n. 5, pag. 118 « quando assignamenta » fiunt in sententia graduationis *per viam dationis in solutum* », nonchè Pars III, Cap. 2, n. 59 e segg., pag. 505; finalmente per intero il già cit. *Tractatus de bonis in solutum dandis et de bonis ad hastam vendendis* del GLUSIANO.

è regola che, quando il credito in capitale, interessi e spese, nel giorno in cui si proceda al pignoramento non ecceda Lire trecento, o gli oggetti pignorati, sebbene per credito maggiore, non eccedano il detto valore, e non vi siano altri pretendenti, *è in facoltà del creditore* di farseli aggiudicare (Art. 643, 1.° comma C. p. c.).

31.quater 4.) Finalmente un altro caso, da collocarsi nella presente categoria, io lo ravviso nell'Art. 620 del Codice di procedura civile, il quale, a proposito del pignoramento presso terzi di crediti del debitore esecutato, dispone che quando il debito (del terzo) sia di somme esigibili in termine maggiore di centottanta giorni, o si tratti di censi o di rendite perpetue mobiliari, il creditore pignorante può pretendere che, anzichè procedersi alla vendita di queste ragioni di credito, esse vengano assegnate a lui in pagamento. E se più sono i creditori, si applica la stessa norma, purchè siano d'accordo.

La ragione, per cui reputo che l'Art. 620 cada sotto i nostri riflessi, è che la assegnazione in pagamento, di cui vi si fa parola, segue, a mio avviso, *pro soluto* e non *pro solvendo*. È questo un punto, sul quale cercai invano un qualche cenno nei pur numerosi e in gran parte pregevoli commentarî del patrio Diritto giudiziario civile [1]. Mi sia permesso dunque di soffermarmici un istante.

L'Art. 619, che precede il nostro, stabilisce che quando il terzo sia debitore di somme esigibili immediatamente o in termine non maggiore di giorni centottanta, queste

---

1) Il Gargiulo, nel dare un esempio dell'Art. 620, ripete il *salvo esazione* dell'Art. 619, ma non ne dà la ragione, quasichè il punto fosse indiscutibile (*Op. e Vol. cit.*, sull'Art. 620 del Codice, pag. 209).

somme, non essendovi contestazione o concorso di altro creditore, sono dal pretore assegnate in pagamento, salvo esazione, al creditore istante sino alla concorrenza del suo credito. Com'è tuttavia che non abbiamo classato questo Art. 619 fra i casi in cui si ha una dazione necessaria anche a malgrado del creditore? Non lo abbiamo fatto perchè non è questo il caso di una vera e propria *datio in solutum*. Dicendo l'Art. 619 che quelle somme vengono assegnate all'esecutante *salva esazione*, ne viene che siamo in presenza non già di una cessione giudiziaria *pro soluto*, ma di una *cessio pro solvendo*, la quale vedremo altrove in che differisca dalla *cessio pro soluto*, e come pertanto esorbiti dai confini della presente monografia. Ora noi sosteniamo che entra invece in questi confini l'Art. 620.

Infatti, non essendo ivi ripetuto l'inciso «*salvo esazione*», che leggesi nel precedente, è nostra opinione vi si tratti di vera assegnazione *pro soluto*. E della differenza fra i due casi ci pare sussista un motivo assai razionale. Nel caso dell'Art. 619 il creditore esecutante non può rifiutare l'assegnazione, come sopra si è detto. Epperò è naturale che almeno si abbia a lui riguardo, nel senso di non ritenere estinto il suo diritto col semplice fatto dell'assegnazione stessa, ma solo inquanto segua l'effettiva realizzazione del credito assegnato. Nel caso invece dell'Art. 620 non è la legge che imponga al creditore o creditori esecutanti di prendere in pagamento quelle ragioni di credito. Sono essi invece che, per volontà propria e nel proprio interesse, preferiscono che quei crediti vengano loro aggiudicati, anzichè ne segua la vendita. Subiscano or dunque le conseguenze del fatto proprio: quell'assegnazione, ch'essi stessi hanno voluta, si con-

sidererà come definitiva, *pro soluto* cioè e non *pro solvendo*.

Una parola ancora su questo Art. 620, per accennare un punto, in cui dissento da alcuni valenti nostri proceduristi. È opinione del SAREDO [1]), del CUZZERI [2]) e del MATTIROLO [3]) che, se trattisi di rendite perpetue, che non importano prestazioni in denaro, ma in derrate, il creditore o creditori esecutanti non possano, valendosi del citato Articolo, pretenderne l'assegnazione, ma debba seguirne la vendita, e ciò perchè la valutazione di queste prestazioni richiede speciali indagini. Io non credo di poter sottoscrivere a quest'opinione, di fronte alla generalità dei termini usati dall'Art. 620, il quale parla di *rendite perpetue mobiliari* senza distinguere, mentre se avesse voluto eccepire quelle che importano prestazioni in derrate, lo avrebbe detto certamente, come ha pure avuto cura di fare in riguardo alle rendite temporarie. Inoltre le indagini per la valutazione di simili prestazioni si fanno nel modo il più semplice, seguendo il criterio suggerito dall'Art. 1784 del Codice civile, nè quindi mi sembrano tale ostacolo, da dovervisi sempre e di necessità preferire le solennità della vendita all'asta, meno spedite, non v'ha dubbio, e più dispendiose.

---

1) *Istituzioni di procedura civile*, Vol. II (Firenze, Pellas 1876), n. 943, pag. 168.

2) *Il Codice italiano di procedura civile illustrato*, Vol. II (Verona 1877) sull'Art. 621, pag. 573.

3) *Elementi di Diritto giudiziario civile italiano*, Vol. V (Torino, Bocca 1880), n. 515, pag. 434.

Articolo III.

Altri casi di dazione in pagamento necessaria all'infuori della esecuzione forzata.

Sommario.

32. Questo Articolo andrà diviso in tre Capi. Raccoglieremo nel primo taluni casi di dazione in pagamento necessaria, che furono in vigore altra volta, ma non lo sono più in oggi. Nel secondo diremo di alcuni casi di vera dazione necessaria, che ci sembra di riscontrare nella vigente nostra legislazione. Dedicheremo finalmente il terzo Capo all'esame di altri casi, nei quali sarebbe errato, a giudizio nostro, ravvisare od ammettere dazioni in pagamento coattive.

Capo I.

Casi di dazione in pagamento propri di cessate legislazioni o dottrine.

Sommario.

33. Nel Diritto romano troviamo fatte alla regola « *Aliud pro alio* etc. » talune eccezioni, che non ricorrono più nel Diritto moderno o per mutate condizioni sociali o per diversità di criterî giuridici. Altre ve ne aggiunse la giurisprudenza intermedia, e si capisce così come un Dottore di quei tempi, Pirro Mauro Aretino annoverasse ben venticinque limitazioni a quella regola, delle quali la maggior parte inaccettabile in oggi [1]. Non ci pare superfluo tuttavia il toccare di alcuni di questi casi, specialmente in riguardo al Diritto romano, del quale potrebb'essere s'invocasse tuttora a sproposito qualche disposizione [2].

34. Raccogliamo anzitutto dalle fonti alcuni casi relativi alla materia dei *legati*, *fedecommessi* e *donazioni*.

1.) Chi è tenuto a prestare ad altri, a titolo di legato, un servo ereditario, può liberarsene pagandone il valore [3], dato che quel servo fosse suo genitore o fra-

---

1) *De solutionibus, oblationibus et retentionibus* (Venetiis, Ciotto 1622), Cap. 7, pag. 37-41.

2) Questi casi, rappresentando altrettante *facultates alternativae*, debbo dare qui per presupposto che l'esercizio di una *facultas alternativa* per parte del debitore importa sempre dazione *in solutum*, su di che veggasi il Capo seguente al n. 45, pag. 111 e segg.

3) Cioè non l'*interesse*, ma la *iusta aestimatio*, che è la misura regolare dell'equivalente quando nei legati interviene che non si pre-

tello naturale [1]. Questa eccezione è ispirata da un motivo specialissimo di evidente pietà, *ratione sanguinis*, come si esprime la *Glossa* [2] ed errerebbe pertanto chi la volesse estendere a tutti i casi in cui la persona, tenuta a soddisfare il lascito, ha ragioni di particolare affezione per la cosa legata. Si affretta a dichiararlo subito dopo il testo, mediante il seguente esempio: « Quum ali- » cui poculum legatum esset, velletque heres aestimationem » praestare, quia iniquum esse aiebat, id separari a se, » non impetravit id a Praetore; alia enim conditio est ho- » minum, alia ceterarum rerum, in hominibus enim be- » nigna ratione receptum est, quod supra probavimus » [3]. *Alias* però se la cosa legata non era già un oggetto determinato, ma una certa quantità d'oro e d'argento, di che passiamo ora a discorrere.

35. 2.) Tutta propria del Diritto romano e giustinianeo è la facoltà di soddisfare mediante danaro legati o donazioni di una certa massa d'oro o d'argento, qualora non fosse stata specificata la qualità del metallo da prestarsi. A ciò si riferiscono le seguenti leggi:

l. 1, § 1 D. de aur. arg. etc. leg. 34. 2:

» Cui certum pondus argenti dare heres iussus sit, ei » pecuniam numeratam dando iure ipse liberatur, si in ea » pecunia eadem aestimatio fuerit: quod ita verum est, si » non certum genus argenti legatum sit ».

l. 35 pr. Cod. Iust. de donat. 8. 54 di Giustiniano (a. 530):

---

sti per originario impedimento l'oggetto legato. Cfr. Mommsen, cit. *Beiträge z. O.*, II, § 11, *per totum*, ma in ispecie a pag. 94-95.

1) l. 71 § 3 D. de leg. 1.

2) ad l. 2, § *Mutui datio, de reb. cred.* 12. 1.

3) *cit.* l. 71, § 4.

« Si quis argentum donaverit, certumque pondus no-
» minaverit, non autem alias vel generaliter vel specialiter
» expresserit, necessitatem ei imponimus omnimodo praefa-
» tum pondus argenti dare, sive in vasis quibus voluerit,
» non tamen peioris aestimationis massae, sive in ipsa
» aestimatione, quae pro massa rudi in illis locis frequen-
» tata est ».

Che anzi da altra legge, presa alla lettera, apparirebbe che così e non altrimenti *dovesse* soddisfarsi un legato di simil genere:

l. 9 D. de aur. arg. etc. leg. 34.2:

» Quum certum auri vel argenti pondus legatum est,
» si non species designata sit, non materia, sed pretium
» praesentis temporis praestari debet ».

Ma si dura fatica ad ammettere che un precetto simile, tanto lontano dai buoni principî, avesse il carattere di generalità, che dal citato testo risulterebbe, e forse non a torto il De Retes lo riferisce al caso speciale in cui fra i due periodi, della testamentifazione e della prestazione del legato, ci fosse disparità nel valore dell'argento [1]). Checchè sia di ciò, e pur limitandoci alle due prime leggi sovraccitate, è certo che il principio in esse contenuto, del potersi soddisfare a danaro legati o donazioni di una certa massa d'oro o d'argento, ha carattere eccezionale, ragione per cui giustamente il Cuiacio lo dichiarava non estensibile ai rapporti contrattuali [2]). E

1) *Op. cit.*, consect. II, n. 70.

2) *Op. cit.*, T. II, *ad Nov.* 4, col. 903, C, T. V, *in Lib. XXVII Pauli ad Edict.*, *ad l. 2. de reb. cred.*, col. 388-389 e T. VII, *ad. l. 2. de reb. cred.*, col. 616 C. — Non persuade la ragione che in senso contrario adduce il De Retes (*loc. cit.*), che cioè « materia nummi est » permanens et conflata potest ad massam reduci »: perchè infatti dovrebbe, se gli abbisogna la massa, essere costretto il creditore ad ope-

poichè quest'eccezione non figura sancita nel moderno nostro Diritto, sarebbe oggi incivile l'ammetterla. Qualunque cioè sia l'origine del debito, non si dovrà mai *invito creditore* prestare *pecuniam pro massa,* come già altrove notammo non potersi prestare *massa pro pecunia* (Cfr. *supra*, n. 10, pag. 24). Nè reggerebbe in proposito l'opinione conciliativa di BARTOLO [1]) e di BALDO [2]), che distinguono secondochè il creditore ritrae o meno la stessa utilità dalla prestazione della *massa* o dalla prestazione della somma, ostandovi l'ultima parte dell'Art. 1245, sorretta dalle considerazioni che furono intorno ad essa altrove esposte (Cfr. *supra*, n. 16, pag. 44–45) [3]).

---

rare egli la fusione? E non bisogna tener calcolo della lega, che entra di necessità in ogni moneta, sicchè per avere la massa metallica, che veramente gli spetta, egli dovrebbe altresì imprendere un processo di epurazione? Aggiungasi che il motivo del *De Retes* non reggerebbe più, se, come pensa il BARBOSA, ed è infatti più conforme in ogni modo alle citate l. 1 § 1 e l. 9 D. de aur. arg. leg. 34.2, si dà facoltà al debitore della massa metallica di soddisfare l'*aestimatio* con moneta di metallo diverso: «Pro massa argenti potest solvi pecunia di» versi metalli, eiusdem tamen aestimationis, quia satis aequipollenter » videtur satisfactum obligationi. Nam post percussam et formatam » pecuniam, magis attenditur aestimatio secundum formam et quan» titatem quam secundum substantiam». P. BARBOSAE, *De matrimonio et pluribus aliis materiebus in Tit. D. sol. matr. quem. dos pet.* (Lugduni, Huguetan 1668) T. I, *ad l. Divortio*, § 8 *Ob donationes*, n. 28, pag. 475.

1) *Comm. in sec. Dig. vet. part.* (Lugduni 1555) *sulla l. 2*, § *Mutui datio Dig. de reb. cred.*, fol. 4, n. 7.

2) *Comm. in sec. Dig. vet. part.* (Venetiis, ap. Juntas 1572), *sulla l. 2*, § *Mutui datio Dig. de reb. cred.*, pag. 5.

3) Delle l. 1 § 1 e l. 9 D. de aur. arg. etc. leg. 34.2 il RÖMER non si occupa, e quanto alla l. 35 Cod. de donat. 8.54 crede erroneo il ravvisarvi un caso di d. i. s. necessaria, essendovi quesfo di proprio, che non la cosa promessa, ma l'*aestimatio* è l'originario oggetto dell'obbligazione, per ciò che il promittente non possiede nel suo patrimonio

36. 3.) La l. 26, § 2 D. de leg. 1 presenta un altro caso di dazione necessaria. Per essa il legatario o fidecommissario di una *certa quantitas hereditatis*, dato pure che l'asse sia comodamente divisibile, deve acconciarsi a riceverne l'equivalente, l'*aestimatio*, se così piaccia all'erede, il quale poi è *obbligato* invece a dargli l'*aestimatio* anzichè la quota in natura, se le cose ereditarie » *naturaliter indivisae sint, vel sine damno divisio earum* » *fieri non potest* ». In questo caso, dice Bartolo, si dà *genus pro quota* [1]). Va segnalato parimente il disposto della l. 32, § 8 D. de usu et usufr. et red. etc. 33. 2, che nell'ipotesi che sia prelegato ad uno degli eredi l'usufrutto di una quota parte della sostanza del defunto, autorizza il coerede a prestarglielo sul valore di essa, anzichè in natura.

Nulla di tutto ciò, per regola, presso di noi: sarà notata soltanto a suo luogo la disposizione eccezionale degli Art.[i] 753 in fine e 819 del nostro Codice (V. *infra*, n. 46, pag. 115-116).

37. Passiamo ora ad altri casi di dazione coattiva, specialmente desunti dal *Corpus iuris*, su materie diverse dalle donazioni, legati e fedecommessi.

---

la cosa promessa. Osservo intanto che nel pr. della legge non si fa questa ipotesi che il donante non possedesse la cosa promessa. Ed anche nel § 3, che realmente contiene detta ipotesi, parmi che la citata legge venga a permettere la dazione di un *aliud pro alio*, poichè il non trovarsi la cosa promessa in potestà del promittente non è per sè stessa buona ragione per concludere ch'egli ha inteso fin dapprincipio di promettere l'*aestimatio rei*, anzichè la *res*. Se così fosse, quella regola non dovrebb'essere, com'è, speciale alle donazioni, ma valere per le obbligazioni tutte.

1) *Commentarior.*, ediz. cit., T. IV, Lib. 16, Cap. 9, § 11, col. 767, *l. qui res*, § *mihi*, *de solut.*

Notevole esempio di dazione in pagamento coattiva sarebbe, secondo alcuni, la *noxae datio* [1]). Sembra che il padre o il padrone, convenuto pei danni recati dal *filiusfamilias* o da un proprio schiavo od animale, dia *aliud pro alio* se, in luogo del risarcimento pecuniario, cede all'attore il *caput nocens* [2]). Proverò altrove l'errore di un tale concetto *(infra*, n. 66). Intanto quel ch'è certo, si è che si connette, per l'origine sua, alla *noxae datio* un principio tutto proprio del Diritto romano in tema di garanzia per vizî o difetti occulti delle cose vendute, principio che rappresenta veramente un caso di dazione in pagamento necessaria. È risaputo che l'editto degli edili curuli, che regolava questa garantia accordando per essa le due azioni *quanti minoris* e *redhibitoria*, concerneva le vendite di schiavi ed animali, e fu la giurisprudenza che lo estese alle vendite di cose diverse. Ora, trattandosi di azione redibitoria, oltre a restituire il prezzo coi relativi interessi, il venditore doveva rifondere al compratore le spese necessarie ed utili (eccetto quelle di mantenimento) fatte per lo schiavo od animale viziato, e i danni che questo gli avesse recati. Ma l'editto, applicando qui i principî della *noxae datio*, stabilì che da questi due ultimi titoli di rifusione (spese e danni) il venditore potesse esimersi rilasciando l'animale o lo schiavo al compratore oltre a restituirgli il prezzo cogli interessi, principio esteso anch'esso dalla giurisprudenza alle vendite di qualsiasi genere di cose [3]).

---

1) Cfr., p. es., UNTERHOLZNER, *Op. cit.*, Vol. 1, § 175, III, pag. 364.

2). Cfr. il Titolo *de noxalibus actionibus* nelle Inst. Just. 4, 8, nei Dig. 9.4, nel Cod. Just. 3.41 e il Titolo *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* nelle Inst. Just. 4.9 e nei Dig. 9, 1.

3) Su tutto ciò cfr. l. 23, § 8, l. 29 § 3, l. 31, pr., l. 58, pr. D. de

Or ecco un caso di dazione in pagamento necessaria che non ricorre da noi. Quando per avventura il venditore debba al compratore, che agisce colla redibitoria, qualche cosa di più della restituzione del prezzo e relativi interessi, nessun testo di legge lo autorizzerebbe in oggi a liberarsene rinunziando a riavere l'oggetto venduto [1]).

38. È principio universalmente accolto, dietro l'insegnamento del *Corpus iuris* [2]), che ciò che taluno acqui-

---

aedil. ed. 21. 1. — Il MOMMSEN, che nel Volume I dei più volte citati *Beiträge* (*Die Unmöglichkeit der Leistung*, Braunschweig, Schwetschke 1853) § 18, nota 19, pag. 202, avea sostenuto non potersi estendere questa disposizione alla vendita di cose diverse dagli schiavi, si ricredeva poi nel Vol. II dell'opera stessa (*Zur Lehre von dem Interesse*, 1855), § 4, testo e nota 15, pag. 35.

1) Il caso in cui oltre al prezzo, vocabolo che una interpretazione concorde estende agli interessi (RE *Trattato sulla compra e vendita sec. il Cod. civ. it.* (Roma, Salviucci 1877), n. 131, pag. 286) debbansi dal venditore i danni, è indubbiamente quello della scienza da parte sua dei vizî (Art. 1502), nel qual caso veramente sembra che il MOMMSEN non gli accorderebbe quell'espediente del rilascio della cosa in luogo del risarcimento nemmeno per Diritto romano (*loc. cit.*). Se ed in quanto per la nostra legislazione debbasi risarcimento di danni dal venditore di buona fede, è argomento meno pacifico di quello che a prima giunta parrebbe dal tenore dell'Art. 1503, confrontato col precedente. Su di che veggasi PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della Vendita*, Vol. I. (XII del *Comment.*, Firenze, Cammelli 1877), n. 268, pag. 484-486.

2) Cfr. il Titolo del Cod. Just. *Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit* 4.50, specialmente alla l. 8, inoltre l. 6 Cod. de rei vind. 3.32 (già da noi riferita a pag. 38, nota 2), l. 4 Cod. comm. utr. iud. 3.38. Veggansi poi sull'importante argomento la dissertazione del HÖFFLICH (*praes.* MULLERO) intitolata *De re pecunia aliena comparata* (Jenae, Ehrichii 1715) e VESPINIANI, *De emtione et venditione* (Imolae, Galeati 1835), consult. I, pag. 13-18. Nei riguardi speciali della comunione RICCI, *Corso teor. prat. di Dir. civ.*, Vol. V (2.ª ediz. Torino, Unione 1886) n.i 6, 7, pag. 11-13, VITA-LEVI, *Della comunione dei beni*, P. I (Torino, Unione 1884), n. 262, pag. 405-407.

sta in nome proprio, ma con danaro altrui (sia pure di un comunista o di un socio) diventi proprietà dell'acquirente e non del proprietario della somma impiegata. Nel che io non veggo che una naturale applicazione del non potersi dare *invito creditore*, o pretendere *invito debitore aliud pro alio*. Infatti chi impiega abusivamente in proprio nome il danaro altrui, contrae semplicemente (a parte l'ulteriore eventuale responsabilità penale e civile) un debito pecuniario, cioè il debito della restituzione di quella somma. Or s'egli potesse invece dare al creditore, o questi da lui esigere la cosa acquistata, si avrebbe una sostituzione arbitraria di prestazioni. Ma questa regola non fu in passato senza eccezioni, che si trovano nel *Corpus iuris civilis* a favore dei pupilli [1]) e dei soldati [2]) e nel *Corpus iuris canonici* a favor delle chiese per gli acquisti fatti dal rispettivo Vescovo « *de facultatibus ecclesiae aut suo aut alterius nomine* » [3]). Segnaliamo fra queste eccezioni la prima, cioè la facoltà del pupillo di scegliere fra l'azione creditoria verso il tutore o l'appropriazione dell'acquisto fatto da costui in proprio nome con danari della tutela [4]); e ciò perchè non mancano autori e giu-

1) l. 2 D. quando ex fact. tut. vel curat. 26. 9, l. 3 Cod. arbitr. tut. 5.51.

2) l. 8 Cod. de rei vind. 3.32.

3) Decr. 2 Part. cap. 4. C. 12, qu. 4. Su questa costituzione vedasi il COVARRUVIAS, *Opera omnia*, T. 1 (Genevae, De Tournes 1734) *De testam.*, Cap. I, n. 7, pag. 29, ove si combatte l'estensione di quel disposto al caso di acquisti fatti con danaro della chiesa, ma da chi non ne sia prelato nè amministratore. E giustamente, versandosi in tema di *ius singulare*.

4) È propriamente questo diritto di scelta che spettava al pupillo, come risulta specialmente dalla cit. l. 3 Cod. arb. tut. 5.51, mentre taluni Autori mostrano di credere che senz'altro l'acquisto, fatto dal tutore nelle predette circostanze, ricadesse al pupillo.

dicati che tuttora la invocano [1]). Dal canto nostro, ridotta questa materia sotto il concetto della dazione in pagamento, è chiaro che non potremo che disapprovare un'opinione simile, per effetto della quale si introdurebbe un'eccezione al principio dell'Art. 1245, non suffragata in oggi da verun testo di legge.

39. In materia di locazione, che venga meno per l'evizione della cosa locata, subita dal locatore di buona fede, il Diritto romano ammetteva una dazione in pagamento necessaria, come ci attesta la

l. 9, pr. D. loc. cond. 19,2:

« Si quis domum bona fide emtam, vel fundum loca-
» verit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque,
» Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei,
» qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere.
» Plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit
» aliam habitationem non minus commodam praestare, ae-
» quissimum esse ait absolvi locatorem ».

Dunque il locatore poteva, nelle predette circostanze, dare al conduttore una casa diversa da quella propriamente locatagli, purchè fosse altrettanto comoda. Pare a me assai strano che si possa ravvisare nella citata legge, come ha fatto il Kniep [2]), non già una regola speciale alle locazioni, ma una generica e lodevole limitazione del principio « *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest* » [3]).

---

1) Possono vedersi citati nel Vita-Levi, *Op. e Vol. cit.*, n. 269, pag. 416-417, il quale poi inclina verso l'opinione contraria (*ib.*, n. 274, pag. 423), più risolutamente sostenuta dal Ricci, *loc. cit.*

2) *Die Mora des Schuldners nach röm. und heut. Recht*, II Bd. (Rostock, Schmidt 1872), § 91, pag. 465-466.

3) Più cauto il Regelsberger ammetterebbe siffatta limitazione nella vendita di cose fungibili, « *Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung* », nell'*Archiv f. d. civil. Praxis*, 50 Bd. (Heidelberg, Mohr 1867), § 7 e segg., pag. 37 e segg.

Egli non somministra ragione alcuna del proprio assunto, limitandosi ad osservare incidentalmente che questa rigorosa massima (*Aliud pro alio* etc.) è dettata in fine dei conti in un frammento relativo ad una obbligazione di stretto diritto, qual'è la citata l. 2 § 1, D. de reb. cred. 12. 1; quasichè non ci fossero numerosi passi, che sostanzialmente la ripetono anche all'infuori del mutuo e come una condizione *sine qua non* di qualsiasi *solutio* [1]. Non è quì il luogo di indagare il perchè di questo *singolare* disposto, dettato dal Diritto romano per le locazioni: a noi preme piuttosto osservare che, non più richiamato dal Codice, esso ha perduto presso di noi ogni virtù di legge [2]. Quando la locazione, pattuita da ambe le parti in buona fede, non possa eseguirsi per l'evizione che soffre il locatore (e ciò avverrà sempre che il locatore non fosse erede apparente [3]), applicheremo le norme comuni sull'inadempimento dei contratti, fra le quali non vi ha certo quella che si possa indennizzare il creditore, prestandogli una cosa *simile* alla cosa dovuta (V. *infra*, n. 51).

40. Una dazione in pagamento necessaria, stando allo stretto *ius civile*, avveniva anche quando, a tenore

---

1) Richiamo le citazioni che ne ho fatte a pag. 38, nota 2.

2) Nello stesso senso Boggio, *Della evizione* (Torino, Unione 1886), n. 359, pag. 379, nota 1.

3) Art. 933 capov. Non gioverebbe invece l'essere proprietario apparente a titolo diverso da quello di erede, su di che cfr. i miei *Appunti sulle locazioni*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, a pag. 429, nota 2. Colgo l'occasione per indicare altresì la *singolare* opinione del Platania, *Il contratto di locazione* (Roma, Capaccini 1881) pag. 62, secondo cui nemmeno l'Art. 933 capov. sarebbe qui applicabile.

della contratta stipulazione, il debitore pagava ad un *adiectus solutionis causa* cosa diversa da quella che si era obbligato di dare allo stipulante:

l. 141, § 5, D. de verb. oblig. 45.1:

« Quum mihi, aut Titio stipulor, dicitur, aliam quidem » rem in personam meam, aliam in Titii designari non » posse, veluti mihi decem, aut Titio hominem; si vero » Titio ea res soluta sit, quae in eius persona designata » fuerat, *licet ipso iure non liberetur promissor, per* » *exceptionem tamen defendi possit* ».

È chiaro (faccio mie a questo proposito le parole del Brandis [1]) che secondo il *ius civile* sarebbe inefficace la prestazione del servo all'*adiectus.* Oggetto dell'obbligazione infatti è solo la cosa (i *decem*) promessa allo *stipulator*, un'obbligazione alternativa non potè sorgere, perchè allo *stipulator*, ch'è l'unico che acquistò il diritto, fu promesso un oggetto soltanto; la prestazione dunque dell'oggetto assegnato all'*adiectus* non potrebbe, a stretto diritto, liberare il promittente dall'obbligazione contratta verso lo stipulante, perchè sarebbe prestazione di un *aliud pro alio.* Ma è altrettanto evidente il motivo di equità e di ragione, che doveva far decampare qui dal rigore dello *strictum ius*, quando si pensi ch'era stato il creditore stesso che aveva facoltizzato il promittente a quella prestazione verso l'*adiectus*, e si rifletta inoltre allo scopo che verosimilmente erasi avuto con ciò di mira [2]).

---

1) *Ueber den solutionis causa adiectus* nel *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, V (Göttingen, Dietrich 1833) (pag. 257-315), § 15, pag. 281-282.

2) « Allein es ist auch ebenso erklärlich dass diese Leistung an » den adiectus *exceptionsweise* geschützt wurde . . . . . denn *für ihn* » ist das andere Object ja gerade beigefügt, was auf nichts anders

41. Degni di nota sono certi casi di dazione coattiva, che si traggono da teoriche di vecchi dottori. Ne accennerò alcuni pochi, attinenti a disparate materie.

Baldo, al quale altri tennero dietro [1]), autorizza chi deve annualmente ad un convento un certo numero di some di mosto, ad esimersene assegnando ad esso invece una buona vigna capace di produrle. Questa teorica, giustamente segnalata dal mio valente collega ed amico Brugi fra quelle svoltesi prima nella scienza e passate poi nelle leggi, in quanto prelude al concetto della manò-morta e alla liberazione dall'obbligo di prestare annue rendite [2]), meritava di essere accennata qui dal punto di vista della dazione necessaria, di cui rappresenta uno fra i più spiccati esempi.

42. Opinione sostenuta da alcuni, però, a detta del citato Mauro Aretino, non tanti, che potesse elevarsi a *communis opinio*, era che fosse lecito a chi doveva prestare una fideiussione, dare invece un pegno, perchè «pi- » gnus et fideiussio aequiparantur (L. 1, § iubet ff. de coll. » bon.) » ed anzi «pignoris datio est magis plena et pin- » guior cautio quam fideiussoria; tutius enim est ipsi rei » incumbere quam personae » [3]); altri lo ammettevano nel solo caso in cui il debitore liberasse il creditore dal pericolo della custodia del pegno, dato in luogo della fide-

---

» abzwecken konnte als auf eine Vertragsmässige Beschränkung oder » Erweiterung des Zahlungsbefugniss des promissor an den Adiectus » (je nachdem die Leistung des obiectum obligationis an den adiectus » vortheilhafter oder schwerer für den Schuldner gewesen sein würde).» Brandis, *loc. cit.*, pag. 281 e pag. 282, testo e nota 76.

1) Cfr. Pirrhus Maurus, *Op. cit.*, Cap. 7, n. 32, pag. 40.

2) *I fasti aurei del Diritto romano* (Pisa, Vannucchi 1879), pag. 73.

3) V. P. Maurus Aret. cit., Sect. 7, Cap. 6. n.[i] 2-3, pag. 335.

iussione [1]). Ma nessuno fra i sostenitori di siffatta teoria distingueva secondo le cause per cui la fideiussione era dovuta: la tenevano ferma quindi anche se la fideiussione era dovuta per obbligo contrattuale. Ed è ciò che rende singolare questa teorica in confronto ad un principio analogo, che pur troveremo vigente nell'attuale nostra legislazione (V. *infra* n. 48).

43. All'erede con beneficio d'inventario accordavano molti Dottori (tanto che taluno fra essi la dichiarava una *communis opinio*) la facoltà di costringere legatarî e creditori del defunto a subire dazioni in pagamento. Ma di questo caso di dazione coattiva, come quello che ha apparente fondamento nel *Corpus iuris* e trova sostenitori anche fra i moderni romanisti, parmi opportuno trattare nel Capo III del presente Articolo, dove mi occuperò di talune ingiustificabili ed apparenti eccezioni al canone della volontarietà della dazione (*V. infra*, n. 65).

44. Lasciando ora le teoriche dei Dottori, mi resta a segnalare come altro importante caso di dazione in pagamento coattiva, ignoto alla nostra legislazione, la così detta *mutazione delle veci*, che riscontravasi nell'antica giurisprudenza del Senato di Piemonte. Per essa il figlio meno favorito di primo letto, che impugnava il lascito fatto al secondo coniuge come eccedente la misura legale, poteva imporre al coniuge stesso opponente di scambiare le parti, prendendo egli il lascito fatto al secondo coniuge e questi il lascito fatto al figlio. Dice bene il Losana [2])

---

1) *Idem*, n. 4, pag. 335. Sulla questione vuolsi consultare altresì Ant. Heringius Oldenburgicus, *Tractatus de fideiussoribus* (Francofurti, Bringer 1614), Cap. 18, n.i 72 e segg., pag. 393-395.

2) *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano* (Torino, Bocca 1884), sull'Art. 770, pag. 78, nota 1.

che sotto il nostro Codice questa facoltà d'*imporre* la mutazione delle veci non è ammissibile « per ciò che, eccet-» tuato il caso contemplato dall'Art. 810, nessun erede o » legatario possa essere obbligato ad accettare *aliud pro* » *alio* ».

Capo II.

Casi di dazione in pagamento necessaria secondo la nostra legislazione.

Sommario.

45. Come l'esercizio di una *facultas alternativa* importi sempre dazione in pagamento necessaria.
46. Esame di taluni casi di d. i. p. necessaria, derivanti appunto da *facultates alternativae* stabilite dalla legge: 1.) Azioni di rescissione per lesione, Art.i 1534, 1038 capov. e 1042 — 2.) Collazione ereditaria per imputazione, e riduzione di disposizioni testamentarie (Art. 826, 1° capov.) — 3.) Divisione testamentaria *inter liberos* — 4.) *Facultas alternativa* dei figli legittimi nel modo di soddisfare i diritti successorî dei figli naturali e del coniuge — 5.) Facoltà concessa ai legittimarî dall'Art. 810 del Codice — 6.) Legato di cosa altrui.
47. Continuazione: 7.) Redimibilità dell'enfiteusi, riscattabilità della rendita perpetua e simili.
48. Continuazione: 8.) *Facultas alternativa* spettante a chi deve prestare una fideiussione legale o giudiziale.
49. Continuazione: 9.) *Facultas alternativa* concessa al mutuatario dall'Art. 1828: rinvio al successivo n. 56. — 10.) L'Art. 581 capov. e l'Art. 491 del Codice di commercio: ragione del loro collocamento sotto il presente Capo, a differenza dei casi di abbandono della cosa nelle vere *obligationes ob rem*.
50. L'Art. 645, capov. 2.° e 3.° sul modo di esercizio delle servitù prediali.
51. Compensazione fra crediti di diversa natura (Art. 1287 capov.).
52. Obbligazioni alternative: Art. 1181.
53. L'Art. 1479, relativo a difetto od eccesso di misura di più fondi venduti (o locati Art. 1614) collo stesso contratto per un solo prezzo.
54. L'Art. 1096, relativo all'azione di riduzione esperita da legittimarî o riservatarî lesi. Suoi limiti in riguardo al nostro tema.
55. Dell'inadempimento delle obbligazioni, il cui oggetto non può conseguirsi *manu militari*, come fonte copiosa di dazioni in pagamento coattive. Si dimostra, contro il Demolombe ed il Kniep, che il surrogato della prestazione inadempiuta non può consistere che in danaro.

45. Sciogliendo una promessa fatta nel Capo che precede (n. 33, nota 2), debbo dimostrare anzitutto che importano dazione in pagamento le così dette *facultates alternativae*.

È noto come, con denominazione molto impropria, queste si chiamino anche *obbligazioni facoltative*, accozzo di due parole che fanno ai pugni fra loro; in esse, nota bene il van Wetter, si ha non già un'obbligazione, ma sì una dazione in pagamento facoltativa [1]). Senonchè taluno ha posta in dubbio, o per lo meno accolta con molta esitanza, quest'idea, che l'esercizio di una *facultas alternativa* rappresenti un caso di eccezione alla regola « *Aliud*

1) « Dans l'obligation dite facultative, n'est-ce point l'obligation el-« le-même qui est facultative; c' est la dation en payement qui a ce « caractère; le débiteur a la faculté de donner en payement une chose « autre que la chose due. » van Wetter, *Les obligations en Droit romain*, T. I (Gand-Paris, Hoste-Durand 1883), § 45, pag. 216-217. Cfr. pure Pothier, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it., Livorno, Vignozzi 1838), n. 532, pag. 262, Toullier, *Le Droit civil français*, T. IV (Bruxelles, Meline-Cans 1848), n. 50, pag. 25, Dalloz, *Répertoire*, T. XXXIII (Paris, 1860) *v.º Obligations*, n. 1749, pag. 385, Championnière et Rigaud, *Op. cit.*, T. II (Bruxelles, Meline-Cans 1852), n. 1788, pag. 127, Garnier, *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement*, 4e édit. T. II (Paris, Delamotte 1868) *vº Dation en payement*, n. 4235, pag. 640. In questi due ultimi trattati però mal a proposito si invoca qui il concetto di novazione, che nella dazione in pagamento non interviene, come proveremo nel Titolo che segue.

» *pro alio invito creditore solvi non potest.* » Così, per esempio, il DEMOLOMBE scrive « La base même de notre » règle (*Aliud pro alio* etc.) fait alors — défaut, puis- » que la règle repose sur la convention, qui fait la loi des » parties, et que dans ce cas c'est la convention ou la loi » qui confère cette faculté du débiteur. » [1]). Ma questo ragionamento parte da un principio, che altrove dimostrammo inesatto, cioè presuppone che il fondamento della regola *Aliud pro alio* etc. sia la forza obbligatoria dei contratti, mentre la si desume invece dal concetto di obbligazione in genere (Cfr. *supra*, n. 16, pag. 35-36).

Inoltre, ammesso pure quel fondamento, non dichiara forse il *Demolombe* stesso nel citato luogo che la *facultas alternativa* può essere conferita dalla legge, anzichè dalla convenzione? Ebbene almeno allora l'illustre Autore dovrebbe ravvisarvi il concetto di dazione in pagamento necessaria [2]). Il vero è, secondo noi, che sempre l'esercizio di una simile *facultas* importa dazione necessaria. Infatti

---

1) DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, IV (*Cours de Code Napoléon* XXVII, Paris, Durand 1876), n. 228, pag. 202. Veggasi pure DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del Codice civile*, Vol. IV (Torino, Negro 1879), sull'Art. 1245, § 3, pag. 457).

2) Se mi si rispondesse che anche queste *facultates alternativae*, fissate dalla legge, diventano in certo modo opera della volontà libera delle parti contraenti, che tacitamente le pattuiscono col non derogare espressamente alla legge, replicherei che allora tanto fa non parlare più di dazione necessaria. Quello infatti è un argomento, che quadrerebbe a tutti i casi in cui il creditore è tenuto per legge a ricevere *aliud pro alio;* anche quando fu in vigore il così detto *beneficium dationis i. s.*, che pure è il caso tipico di dazione necessaria, si sarebbe potuto dire ch'esso importava una dazione volontaria, perchè le parti sapevano pure, quando contraevano, quel che disponeva a favor dei debitori la famosa Nov. 4, cap. 3 di Giustiniano.

anche quando essa fu stipulata nell'originario contratto, starà sempre che il creditore è costretto a *ricevere* cosa diversa da quella, che sola egli può *chiedere*, perchè sola è *in obligatione*. Nè monta ch'egli stesso abbia originariamente contribuito colla sua volontà a crearsi una posizione simile: deve guardarsi la cosa nell'attualità, al momento in cui avviene il soddisfacimento dell'obbligazione, precisamente come non cesserebbe di considerarsi schiavo chi avesse volontariamente alienata una volta la sua libertà [1]).

Appena occorre rammentare che dalle *facultates alternativae* vanno tenute ben distinte le obbligazioni alternative, in relazione alle quali non si può parlare di dazione in pagamento necessaria imposta dal debitore al creditore, per ciò ch'egli eserciti il diritto di scelta a lui spettante fra più oggetti *in obligatione* (V. *supra*, n. 12, pag. 28). Pure in siffatta inesattezza è incorso il Codice bavarese [2]).

---

1) Ripetutamente la Cassazione di Roma ravvisò nell'esercizio di una *facultas alternativa* una vera dazione in pagamento, Sent. 5 Gennaio 1884, in causa Finanze-Demuro (*La Legge*, XXIV, I, pag. 145) e 10 Novembre 1885, in causa Finanze-Falvella (*La Legge*, XXV, II, pag. 795). Però va notato, per la verità, che in entrambe queste cause trattavasi di promessa di somma a titolo di donazione o di dote, con facoltà pel promittente di soddisfarla in immobili, non determinati specificamente, e che in entrambe la questione verteva sulla tassa di registro, a cui sottoporre l'atto. Ora questa tassa, misurandosi sul valore effettivo degli immobili trasmessi, richiede che questi siano fin dapprincipio determinati, perchè se ne possa immediatamente colpire il trapasso: altrimenti di fronte al Registro non si ha che un'obbligazione di somma. Resta a vedersi, in altre parole, se quelle decisioni non sarebbero state per avventura in senso opposto, qualora fin dapprincipio gl'immobili *in facultate solutionis* fossero stati designati. Anzi la prima delle citate sentenze fa intendere che allora dovrebbe decidersi altrimenti.

2) *Codex Maximilianeus bavaricus oder bayerisches Landrecht*,

46. Il principio testè accertato è per noi della massima importanza, risolvendosi in altrettante *facultates alternativae*, concesse dalla legge al debitore, molti dei casi di dazione in pagamento necessaria, che ora passiamo ad accennare partitamente.

Così, per esempio, il vero ed unico diritto che, in caso di lesione enorme, compete al venditore d'immobili è di pretendere la rescissione del contratto (Art. 1529); ma il compratore se ne può esimere dandogli invece il supplemento al giusto prezzo (Art. 1534): parimenti con la prestazione del supplemento in danaro o in natura può il coerede arrestare l'azione del coerede leso oltre il quarto, diretta a far rescindere la divisione lesiva (Art.[i] 1038 capov., 1042).

Dà pure *aliud pro alio*, valendosi di una *facultas alternativa* concessagli dalla legge (Art.[i] 1015, 1016, 1022) il coerede tenuto alla collazione, quante volte non la effettui in natura ma per imputazione: dicasi lo stesso del legatario, che, nel caso dell'Art. 826, 1 capov., ritenga tutto l'immobile legato compensando in danaro i legittimarî lesi. Ciò perchè il vero diritto dell'erede, legittimario in specie, quello sarebbe di ottenere la propria quota in natura [1]).

IV Th., VI Kap. § 6 «Regulariter muss 1.mo das nämliche was man » schuldig ist — bezahlt werden; § 7 «Obige Regel dass man eins für » das andere in Zahlungen anzunehmen nicht schuldig ist, leidet folgen- » de Absätze... 3tio in obligationibus alternativis, worinn — der Schuld- » ner die Wahl hat.»

1) Il 2.° capov. dello stesso Art. 826 soggiunge: «Il legatario » però che ha diritto alla legittima, può ritenere tutto l'immobile, pur- » chè il valore di esso non superi l'importo della porzione disponibile » e della quota che gli spetta nella legittima.» E qui vuolsi notare che l'espressione «può ritenere» non implica che il legatario-legittimario possa invece lasciare l'immobile nell'eredità esigendo in danaro il valore della disponibile. Quella espressione in termini facoltativi si spiega

E per l'uguale ragione viene ad assegnare coattivamente *aliud pro alio* l'ascendente che, dividendo per atto d'ultima volontà la sua sostanza *inter liberos*, non osserva [1]) l'uguaglianza qualitativa nella composizione dei lotti.

Cade in questo stesso ordine d'idee la facoltà accordata ai figli o discendenti legittimi di soddisfare la *quota ereditaria* dei figli naturali, con essi concorrenti, in danaro o in immobili ereditarî a giusta stima (Art. 744, capov.) Ed altrettanto dovrà dirsi della facoltà che hanno gli eredi, per gli Art.[i] 819, 753, 2.° capov., di soddisfare le ragioni di usufrutto del coniuge superstite o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditarî, da determinarsi d'accordo, e altrimenti dall'autorità giudiziaria avuto riguardo alle circostanze del caso. Qui infatti deve riconoscersi una dazione in pagamento coattiva, qualunque opinio-

---

raffrontando il 2.° col 1.° capov. dell'Art. in esame. Si avrebbe altrimenti un ulteriore ingiustificabile caso di d. i. p. coattiva, perciocchè, scrive bene il Losana (*Op. cit.*, sull'Art. 826, pag. 235), il legatario in quanto è tale, non può pretendere *aliud pro alio*; in quanto è legittimario, può bensì, di regola, rinunziare al legato fattogli a tacitazione di legittima, per attenersi alla legittima in quota, ma nel caso presente trattandosi d'un unico legato di disponibile (per la parte maggiore) e di legittima ed avente per oggetto una cosa indivisibile, esso non può accettarsi in una parte senz'accettarsi anche nell'altra.

1) E ciò entra nei suoi diritti. Cfr. il mio studio *Della divisione operata da ascendenti fra discendenti* (Verona-Padova, Drucker & Tedeschi 1885) n. 219 e segg., pag. 351 e segg. Accenno soltanto alla divisione *inter liberos* testamentaria, perchè in quella tra vivi occorre l'assenso dei discendenti e quindi non si potrebbe più parlare di *d. i. s. necessaria*. Oltre di che *nel momento* in cui essa avviene, cioè vivo ancora l'ascendente, non si può dire che i discendenti ricevano *aliud pro alio*, chè nulla ancora era ad essi dovuto, sorgendo il loro diritto ad una quota ereditaria in natura solo alla morte dell'ascendente.

ne del resto si adotti sulla natura di queste ragioni del figlio naturale e del coniuge, sia cioè che si considerino come vero e proprio diritto ereditario o come semplici ragioni di credito [1]). Perchè nel primo caso il carattere di quota successoria, giusta le cose predette, nel secondo la qualità del credito per sè stesso darebbero propriamente al figlio naturale e al coniuge il diritto di avere la loro parte in natura.

---

1) Particolarmente sui diritti del coniuge veggansi, come i più recenti seguaci delle due opposte teorie, CIMBALI, *Se al coniuge superstite per la quota di usufrutto nella successione legittima competa la qualità di erede*, estr. dal *Foro italiano* (Fano, Tipogr. Sonciniana 1885) e CHIRONI, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol. II (Roma, Loescher 1886), pag. 285-289. In questi lavori trovasi esattamente indicata la vasta letteratura sull'argomento. — Che la facoltà in discorso spettante agli eredi circa il modo di soddisfare il figlio naturale ed il coniuge rappresenti una dazione in pagamento coattiva, lo affermava già il ch. Prof. FILOMUSI-GUELFI, *Rivista critica sulle dottrine della quota di riserva del coniuge superstite nella successione testamentaria*, nell'*Archivio giuridico*, VIII (pag. 217-230) pag. 225 comb. colla pag. 223, ma però coordinando questo principio alla teoria da lui adottata nella predetta questione, che cioè il coniuge usufruttuario e il figlio naturale non siano eredi; mentre noi dimostriamo nel testo che la figura della dazione in pagamento occorre anche, e diremmo quasi più ancora, se si adotti l'opinione contraria. Inoltre tenuta pure soltanto l'opinione del *Filomusi-Guelfi*, non mi persuade quanto egli afferma rispetto al figlio naturale, che cioè si abbia una propria *solutio* se i figli legittimi lo soddisfano in danaro e una *datio in solutum* se con immobili ereditarî (*loc. cit.*). A mio avviso, c'è *datio in solutum* anche nel primo caso, perchè non è il danaro ciò che formerebbe oggetto del credito, l'*id quod debetur*, cioè *quod peti et ab invito exigi potest* (Cfr. *supra*, pag. 27, nota 2), mentre il petito del figlio naturale dovrebbe riflettere genericamente la quota dell'asse determinatagli dalla legge, e il pagamento in danaro è anch'esso, come il pagamento in immobili ereditarî, una semplice *facultas alternativa* dei debitori (figli legittimi).

Restando ancora nella materia delle successioni, ci si fa innanzi, in ordine alla presente nostra ricerca, l'Art. 810, per cui in taluni casi l'erede legittimario, gravato di un legato di usufrutto o di rendita vitalizia o di nuda proprietà eventualmente lesivo, può liberarsene dando invece al legatario la porzione disponibile.

Ma importante sovra tutti è il caso del legato di cosa altrui. Dato il principio che simile legato sia valido quando il testatore sapeva la cosa essere d'altri, tre sistemi sono possibili quanto alla costruzione giuridica ed al soddisfacimento del legato stesso. O si considera, com'era in Diritto romano, che il vero oggetto del legato sia la cosa altrui e non già il suo valore (*aestimatio*) e che l'onerato del lascito possa prestare questa *aestimatio* soltanto dopo di avere inutilmente esperito tutte le pratiche per acquistare la cosa dal suo proprietario a giusto prezzo. [1]). E in tale ipotesi questa sostituzione dell'*aestimatio* alla *res debita*, più che costituire un caso a sè di dazione in pagamento, non è che l'applicazione di una norma generale, che vale cioè sempre che trattisi di impossibilità non liberatoria di adempiere l'obbligazione, di che diremo fra breve (Cfr. *infra*, n. 55), impossibilità considerata bensì in un senso alquanto largo. Ovvero può essere concepito il legato di cosa altrui come legato dell'*aestimatio* addirittura: questa cioè non ne è il *surrogato* pel caso d'impossibilità a prestare la

---

1) Dottrina concorde, basata sui testi seguenti: § 4, Inst. Just. de leg. 2,20; l. 71, § 3 D. de leg. 1; l. 14, § 2 e l. 30, § 6 D. de leg. 3. Le parole finali di quest'ultima legge mal si accordano veramente col principio che affermasi proprio del Diritto romano. Ma esse non possono prevalere ai tanti testi, onde quel principio chiaramente risulta. Il principio romano trovasi adottato dai Codici prussiano (*Allgem. Landrecht*, Th. I, Tit. 12, §§ 377, 378), austriaco, § 662, sassone § 2458.

cosa, ma bensì *l'originario unico* oggetto del lascito [1]). Ed allora naturalmente non è più il caso affatto di parlare di dazione in pagamento. O finalmente, riguardo alla persona onerata del lascito, si può considerare la cosa altrui *in obligatione*, ma l'*aestimatio* di essa *in facultate solutionis*, ed allora il legato di cosa altrui, come qualunque *facultas alternativa*, cade sotto i nostri riflessi. Così lo considera appunto l'Art. 837, 1.° comma del nostro Codice [2]).

17. Fa subire al creditore una dazione in pagamento l'enfiteuta che redime il fondo enfiteutico (Art. 1564) e parimenti il debitore di una rendita perpetua, che ne eserciti il riscatto (Art. 1784), perchè certamente il diritto al canone o alla rendita è una cosa, il canone o la rendita stessa capitalizzati una cosa diversa. La *facultas alternativa* fa anche qui capolino, e già il Pothier lo riconobbe riguardo alla rendita, là dove scrisse che « il cre- » dito di una rendita è propriamente il credito delle an- » nualità che decorrono a perpetuità sino al riscatto, an- » zichè il credito di un capitale, che, non potendo esigersi, » non è propriamente dovuto, ed è *in facultate solutionis* » *magis quam in obligatione.* » [3]). Dicasi lo stesso di altre leggi di affrancazione, conversione di oneri ecc.

1) Di qualche cosa di simile recano esempio desunto dalle fonti Mommsen, cit. *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, pag. 92, nota 5, comb. col Vol. I, pag. 140, nota 1, e Puchta, *Vorlesungen über das heut. röm. Recht*, 3. Aufl., II Bd. (Leipzig, Tauchnitz 1852), § 528, pag. 433.

2) I termini di questo Articolo potrebbero far credere si trattasse di obbligazione alternativa e non di *facultas alternativa* per l'erede, ma ciò sarebbe affatto contrario all'intenzione del disponente. Si pensi per un momento alle diverse conseguenze che ne deriverebbero nel caso di perimento della cosa altrui.

3) cit. *Trattato delle Obbligazioni*, n. 595, pag. 285.

48. Già altrove ho notato che non bisogna perdere d'occhio nel tema nostro le obbligazioni di natura accessoria (V. *supra*, n. 17, pag. 45-46). Ed ecco infatti l'Art. 1922 presentarci una dazione in pagamento necessaria a proposito della fideiussione legale o giudiziale. Chi è obbligato a fornire tale sicurtà, può « dare invece un pegno » od altra cautela, che sia riconosciuta sufficiente ad assi» curare il credito. » Il Codice dunque ha ammesso soltanto per il caso di fideiussione legale o giudiziale quel principio, che vedemmo sostenuto da taluni Dottori per la fideiussione in genere (Cfr. *supra*, n. 42, pag. 108): non lo si applicherà dunque alla convenzionale, chè fuori dei casi espressamente eccepiti rivive in tuttà la sua forza il principio « *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest.* » [1]). Ma non sarà poi necessario che il debitore, astretto a dare la sicurtà, provi di non poterla trovare, perchè lo si autorizzi a sostituirvi una garanzia d'altra natura, e ciò contrariamente a quanto dispone l'Art. 2041 del Codice francese.

49. Una *facultas alternativa*, il cui esercizio importerebbe dunque una dazione in pagamento necessaria, è concessa al mutuatario dall'Art. 1828 del Codice; ma di essa cadrà in acconcio l'occuparsi altrove (n. 56). Invece, uscendo per un momento dal Codice civile, segnaliamo nel vigente Codice di commercio l'Art. 581 capov., re-

---

1) E non già perchè la fideiussione presenti maggiori vantaggi delle altre garanzie, ch'è la ragione addotta dal Corsi, *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile ecc.* nel periodico *La Legge*, XXVII (1887), Vol. II, Cap. II, pag. 33. Fosse pur vero l'opposto principio (come suona propriamente l'adagio «*plus est cautionis in re quam in persona*»), non per questo si potrebbe dare un pegno in luogo della promessa fideiussione, perchè l'Art. 1245 vieta di prestare *aliud pro alio* « quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore. »

lativo al *contratto di noleggio*. Esso comincia collo stabilire che il caricatore non possa abbandonare per il nolo le cose caricate diminuite di prezzo o deteriorate per vizio proprio, per caso fortuito o per forza maggiore. E fin qui sta bene: è la regola «*Aliud pro alio* etc.» applicata all'obbligazione di pagare il nolo ed applicabile del resto anche se delle merci rimasero inalterati la qualità ed il prezzo [1]). Ma viene subito dopo l'eccezione, così formulata: «Tuttavia se » vino, olio od altri liquidi siano colati, le botti che li con» tenevano, rimaste vuote o quasi vuote, possono essere ab» bandonate per il nolo ad esse corrispondente.». E, poichè ogni dazione in pagamento coattiva costituisce un *ius singulare*, non si potrà ciò estendere al caso di liquidi contenuti in recipienti d'altro genere [2]), e men che mai al caso in cui non si trattasse di cose liquide, tuttochè contenute in botti.

Nello stesso Codice è notevole per noi l'Art. 491: «I » proprietarî di navi sono responsabili dei fatti del capi» tano e delle altre persone dell'equipaggio, e sono tenuti » per le obbligazioni contratte dal capitano, per ciò che con» cerne la nave e la spedizione. *Tuttavia ogni proprie» tario o comproprietario* che non ha contratto obbliga» zione personale [3]), *può in tutti i casi, mediante l'abban-*

---

1) Meglio dunque l'Art. 617 del Codice di Commercio germanico, che suona: « Der Verfrachter ist nicht verpflichtet die Güter, *mögen sie » verdorben oder beschädigt sein oder nicht*, für die Fracht an Zah» lungsstatt anzunehmen.»

2) *Alias* pel cit. Articolo del Codice germanico, che, nell'ammettere al 1º capov. questa facoltà di abbandono se si tratti di liquidi, parla in generale di « *Behältnisse*, welche mit flüssigen Waaren an» gefüllt waren.»

3) Sotto l'espressione «proprietario della nave *che ha contratto*

» *dono della nave e del nolo esatto o da esigere liberar-*
» *si dalla responsabilità e dalle obbligazioni suddette*, ad
» eccezione di quelle per i salari e gli emolumenti delle
» persone dell'equipaggio. »

Questi due casi degli Art.[i] 581 capov. e 491 del Cod. di commercio sono ben diversi da quelli delle così dette *obbligazioni reali*, dove la persona, obbligata *ob rem*, cioè pel rapporto in cui si trova con una data cosa, si esonera dall'obbligo con l'abbandono della cosa stessa. Proverò nel Capo seguente (n. 66) come sarebbe improprio l'assumere questa facoltà di abbandono della cosa nelle *obbligazioni reali* sotto il concetto di dazione in pagamento. Invece nelle due ipotesi dei citati Articoli non è soltanto pel rapporto in cui l'individuo si trova colla cosa (il caricatore rispetto alle cose caricate, il proprietario della nave rispetto alla nave) che egli ha quelle tali obbligazioni, bensì per effetto di un contratto (del *noleggio*), o più ancora, nel caso dell'Art. 491, per le azioni colpose del proprio rappresentante o dipendente [1]). Ecco pertanto delle dazioni in pagamento vere e proprie, inquanto l'individuo,

---

obbligazione personale», il Codice intende significare il caso in cui il proprietario, anzichè agire per mezzo del capitano, abbia agito e contrattato personalmente. Cfr. Vidari, *Il nuovo Codice di commercio compendiosamente illustrato*, Parte II (Milano, Hoepli 1883), sull'Art. 491, n. 1, pag. 12: ma non è chi non vegga quanto sia inesatta tale dizione, chè non sono meno *obbligazioni personali* del proprietario, prese queste parole nel loro vero significato giuridico, quelle da lui contratte col tramite dei suoi preposti o per atti di gestione loro proprî, ond'egli risponde, di quelle assunte da lui direttamente.

1) Che, secondo i concetti dell'esimio Chironi, farebbero luogo a responsabilità diretta, come per fatti compiuti dallo stesso rappresentato in persona. *La Colpa cit.*, *Colpa contrattuale*, Cap. VIII per *totum* e in ispecie al n. 177, pag. 174 e *Colpa extra contrattuale*, Vol. I (Torino, Bocca 1886) n.[i] 156 e segg., pag. 260 e segg.

chiamato a soddisfare quelle *personali sue obbligazioni* [1]), può dare invece rispettivamente le botti vuote, o la nave e il nolo di ritorno [2]).

Tanto su *taluni* casi di dazioni in pagamento necessarie sotto forma di *facultates alternativae* legali. Passiamo ad altri casi indipendenti da tal concetto.

50. Fu già notato (pag. 47-48) che l'Art. 645, 1.° capov., si ispira al concetto ond'è informata la regola «*Aliud pro alio* etc.» Se ne dipartono invece gli ultimi due capoversi dell'Articolo stesso, per cui il proprietario del fondo serviente può costringere il proprie-

---

1) V. sulla natura personale dell'obbligazione di pagare il nolo in Diritto nostro, VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, Vol. VI (Milano, Hoepli 1884), n. 3270, pag. 391. E le osservazioni fatte contro il VIDARI stesso dall'ASCOLI, *Il Codice di comm. commentato* ecc. (Verona-Padova, Drucker e Tedeschi 1886), sull'Art. 581, n. 733, pag. 477-478, comb. col n. 702, pag. 467, si fondano sopra una strana confusione che fa questo Autore fra *locatio rei* e *locatio operis*. Egli non vede che quando si dice essere il contratto di noleggio una locazione, s'intende *locatio operis*, locazione dell'*opus trasporto*, e non locazione della nave (*locatio rei*). Epperò il principio dell'Art. 577 del nostro Codice di commercio (Cfr. Art. 618 del Codice germanico), non essere dovuto nolo per le cose perdute per naufragio, investimento e simili, non ha suo fondamento nell'essere l'obbligazione di pagare il nolo un'*obbligazione ob rem*, ma nei principî (Art.i 1635, 1636, 1637) proprî della locazione d'opera. Cfr. su ciò LEWIS, *Das deutsche Seerecht*, I Bd. (Leipzig, Duncker-Humblot 1877), sull'Art. 618, pag. 261.

2) Il concetto della semplice rispondenza dell'armatore *ob rem* è proprio invece del citato Codice di commercio germanico, Art. 452: «Der Rheder haftet für den Anspruch eines Dritten *nicht persönlich* »*sondern er haftet nur mit Schiff und Fracht u. s. w.*», epperò, se il proprietario della nave la abbandona al terzo che agisce, non si può dire, dato questo sistema, che egli operi una dazione in pagamento. Si confrontino a questo proposito anche i motivi espressi sul citato Articolo 452 nella Conferenza di Amburgo, e tradotti dal RIDOLFI, *Il Diritto marittimo della Germania settentrionale* (Firenze, Pellas 1871) sul cit. Art. 452, n. 1, pag. 13-14.

tario del fondo dominante a mutare il luogo di esercizio della servitù, offrendogliene uno egualmente comodo, dato che l'originario esercizio gli sia divenuto più gravoso, o gl'impedisca di fare sul fondo lavori, riparazioni, miglioramenti; e che uguale facoltà spetti al proprietario del fondo dominante, sol che provi il notevole vantaggio proprio e il niun danno del fondo serviente.

51. Parimenti deroga al più volte ripetuto canone il capoverso dell'Art. 1287, relativo alla compensazione dei crediti. Mentre dal non potersi dare arbitrariamente in pagamento una cosa anzichè l'altra deriva, come altrove notammo (n. 18, pag. 50) la possibilità della *compensazione* solo fra debiti pecuniarî o di una determinata quantità di cose fungibili della stessa specie, eccezionalmente è stabilito che « Le prestazioni non controverse di » grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo » dei pubblici mercati, possano compensarsi con somme li- » quide ed esigibili. » Disposizione che ricorda la *deductio* del Diritto romano nei riguardi del *bonorum emtor*, e che non può dirsi sorretta da ragioni di equità o di convenienza [1]).

1) È questo pure il giudizio del GIORGI, *cit. Teoria delle Obbligazioni*, II (2.ª ediz., Firenze, Cammelli 1885), n. 127, pag. 180. Cfr. inoltre BAUDRY-LACANTINERIE, cit. *Précis* etc., T. II, n. 1071, pag. 763-764, col quale consento pertanto nell'ammettere che simile disposizione sia di stretta interpretazione: egli però spinge la cosa tropp'oltre opinando che l'Art. 1291 del Codice francese (identico al nostro 1287), in quanto parla di *prestazioni di grani o derrate* debba restringersi solo a quelle *periodiche*. Di erronee applicazioni analogiche del principio stabilito nell'Art. 1287 (1291 Cod. fr.) al capoverso, ebbi occasione di notare un esempio in materia di mercede locatizia nei già citati miei *Appunti sulle locazioni*, n. 16, pag. 437-438 comb. col n. 19 pag. 443 (nella *Riv. it.*e cc. Vol. IV). Parimenti io ritengo frutto di una sbagliata generalizzazione del predetto principio *eccezionale*, relativo alla compensazione, una certa teoria sostenuta dai sigg. CHAMPIONNIÈRE

52. La materia delle *obbligazioni alternative,* la quale ci ha somministrata a suo tempo nell' Art. 1180 un'applicazione del principio che la dazione in pagamento dev'essere consensuale (Cfr. *supra,* n. 18, pag. 48-49), ne presenta invece nel successivo Art. 1181 un' infrazione, a parer mio, ingiustificata.

Supposto che la scelta spetti al creditore, se una delle due cose *in obligatione* sia perita per caso, e poscia sia perita l' altra per colpa del debitore, l'Art. 1181 dà al creditore il diritto di pretendere il valore dell' una o dell' altra a sua scelta, non altrimenti che nell' ipotesi (e allora è giusto) che la prima perisca per colpa del debitore e la seconda per caso. Recentemente il nostro

---

e Rigaud, *Op. cit.*, T. II (Bruxelles. 1852), n. 1581, pag. 25. Essi dicono che talvolta cose mobili e fungibili possono essere considerate non in sè, ma riguardo al valore che rappresentano, sicchè il dare, invece di esse, danaro, non costituisca dazione in pagamento, ma pagamento, come sarebbe nel caso di «fermages en nature ou arrera» ges de rentes en *deniers* [certo per errore di stampa è detto *deniers* anzichè *denrées*]». In tali casi essi sostengono che «le fermier ou le » débiteur qui, du consentement du créditeur ou du créancier s'acquitte » en argent, paye néanmoins ce qu' il doit, sans qu' il y ait ni dation » en paiement, ni acquisition par lui des denrées qu' il devait livrer; » dans l' un et l'autre cas le droit de quittance est exigibile». Ciò potrà andare forse in Diritto fiscale: non va certo di fronte al Diritto civile, pel quale danaro e derrate restano sempre cose diverse fra loro, nè si possono fingere identiche dicendo che nel contrattare su derrate si ebbe di mira il valore, chè questo ragionamento vale soltanto quando si tratti di una specie di moneta in confronto di un'altra, come si vedrà nel Capo seguente. Inoltre, ammessa questa equiparazione, i predetti Autori, per essere logici, avrebbero dovuto autorizzare il colono o il debitore di rendite a pagare in danaro anzichè colle pattuite derrate anche nolente il creditore, come si può sempre ad un creditore, anche contro sua voglia, dare oro per argento e viceversa. E invece essi danno come essenziale alla loro ipotesi che la cosa segua *du consentement du créancier*.

Chironi cercò di giustificare questa disposizione, ma in modo che non persuade [1]). Bene infatti gli fu osservato dal Gobbi [2]) essere «molto semplice questa considerazio-
» ne: perisce la prima cosa per caso: secondo il Codice
» il creditore deve ricevere quella che resta». Dunque
» l'obbligazione *è divenuta semplice.* Poi perisce anche la
» seconda, ma per colpa del debitore: il creditore può do-
» mandare anche il prezzo della prima. Dunque l'obbliga-
» zione *non è divenuta semplice.* C'è contraddizione sì o
» no?» C'è senza dubbio, io rispondo, e tale da ledere senza plausibile motivo il canone di ragion naturale che il creditore non possa esigere *aliud pro alio,* posto ch'egli venga a chiedere, anzichè il valore della cosa ultima perita, e divenuta oggimai *l'unico oggetto* del suo credito, il valore di una cosa diversa, cioè il valore della prima, logicamente estranea all'obbligazione, dal momento ch'era perita innanzi per caso.

53. Nel Titolo del Codice che tratta della *vendita* è particolarmente disciplinato il caso di eccesso o difetto nella misura reale di fondi venduti in confronto a quella indicata nel contratto. Il principio dominante è che simili differenze in più o in meno si tollerino entro una certa misura, il ventesimo, e solo eccedendola si fa luogo, a seconda dei casi, a supplemento o a diminuzione di prezzo, ovvero anche al recesso dal contratto. Norme che l'Art. 1614 estende senz'altro alla locazione di fondi rustici. Ora è notevole a tale proposito ciò che dispone l'Art. 1479: «Se si sono venduti due fondi col-

---

1) *La Colpa* cit. (*Colpa contratt.*) n. 173, pag. 169.

2) *Recensione sulla citata opera del Chironi*, nel *Monitore dei Tribunali*, XXVI, pag. 493-494, nota 1.

» lo stesso contratto e per un solo e medesimo prezzo,
» coll'indicazione della misura di ciascuno di essi, e si
» trova che la quantità è minore nell'uno e maggiore
» nell'altro, se ne fa la compensazione fino alla debita
» concorrenza: e l'azione tanto pel supplemento quanto
» per la diminuzione del prezzo non ha luogo se non in
» conformità delle regole sopra stabilite », cioè secondo che la differenza eccede o no il ventesimo. Ora nulla vi ha in ciò di straordinario finchè i fondi, fra le cui quantità avviene la compensazione, sono della stessa natura e bontà. Ma nella contraria ipotesi noi ci troviamo di fronte ad una dazione in pagamento necessaria, la quale, giustificata finchè si contenga entro certi limiti, non lo è invece, a mio avviso, nella estensione in cui l'ha ammessa il Codice. Chiarirò il mio pensiero con un esempio. Con uno stesso atto compero da *Tizio*, per un unico prezzo, il fondo *a*, denotato per 50 ettari a prateria, e il fondo *b*, denotato per 50 ettari a vigneto, calcolando di pagare la prateria a L. 500 e il vigneto a L. 1500 l'ettaro. Si riscontra poi che il fondo prativo è di 47 ettari e il fondo a vigna di 51. Vi ha allora perfetta compensazione, sulla base del valore, ch'è quella da adottarsi, e la vendita avrà pieno effetto, senza ch'io possa nulla pretendere in confronto di *Tizio* [1]). Eppure io subisco una dazione in pagamento coatta, perchè in sostanza *Tizio*, per tre degli ettari prativi, adempie il suo obbligo consegnandomene invece uno a vigneto. Finchè però restiamo entro questi limiti, la cosa persuade. Infatti sembra equo

1) Dicasi altrettanto se il fondo prativo fosse di 46 ettari e l'altro di 51, perchè allora ci sarebbe bensì una differenza, ma non ancora eccedente il ventesimo.

che la vendita non abbia a rescindersi, perchè, essendosi considerati i due fondi in blocco, e il valore complessivo tornando uguale o non oltre il ventesimo diverso, non ha da influire una lieve differenza nella rispettiva estensione dei fondi qualitativamente considerati. Ma supponiamo invece che il fondo *a* si componga di soli 6 ettari prativi, in luogo dei 50 indicati. Sia pure allora che il fondo *b* ne abbia 64 di vigneto, sicchè il compenso quanto al valore risulti perfetto, io domando se sia equo ancora il tener in piedi il contratto, mentre la prateria, di tanto e tanto ridotta, può non servire più ai miei scopi, e forse anche imbarazzarmi la coltivazione di ben 14 ettari in più di vigneto. Parmi dunque che si sarebbe dovuto anche a questo riguardo stabilire un limite di tolleranza, oltre il quale la dazione coattiva, di cui si tratta, diventa addirittura esorbitante.

54. Meritevole di particolare menzione è pure l'Art. 1096 del Codice, relativo alla riduzione delle donazioni, che ledono diritti di legittima o riserva. I legittimarî o riservatarî, avendo diritto a percepire la loro quota in natura, dovrebbero poter rivendicare sempre i beni donati nella misura necessaria a far cessare la lesione. Senonchè, nei riguardi del credito, per provvedere cioè il più possibile alla salvezza delle contrattazioni, essi devono accontentarsi di conseguirne invece dal donatario *solvibile* l'equivalente, dato ch'egli abbia alienati gli immobili avuti in dono. Il citato Articolo infatti non dà diritto ai legittimarî o riservatarî di promuovere l'azione contro i terzi detentori degli immobili donati, se non premessa l'escussione dei beni del donatario. Ma se poi questa riesce infruttuosa, potranno forse i terzi acquirenti paralizzare anch'essi l'azione di rivendicazione mediante l'e-

quivalente dei beni? Generalmente lo si afferma [1]). Io tengo contraria opinione, perchè i casi di dazione in pagamento necessaria, costituendo altrettante eccezioni alla regola generale consacrata nell'Art. 1245, non possono estendersi per analogia (Art. 4 delle Disp. prelim. del Codice [2]).

55. Senonchè la fonte di dazioni in pagamento coattive più di ogni altra copiosa e di frequente applicazione pratica, è fornita da quei casi di inadempimento di qualsiasi obbligazione, che non sono tali da esonerare il debitore, nè permettono d'altronde al creditore di conseguire *manu militari* la precisa *res debita*. Allora infatti la prestazione dovuta si converte di necessità nell'equivalente, ragguagliato sopra una misura più o meno estesa a seconda dei casi.

L'esaminare quando precisamente ricorra l'impossibilità non liberatoria di adempiere l'obbligazione, quando

---

1) V. in questo senso DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XIX (*Traité des don. entre-vifs et des testaments*, II) (Paris, Durand-Hachette 1876), n. 636, pag. 615-616, ed agli Autori ivi indicati *adde* TROPLONG, *Des don. entre-vifs et des testaments*, I. (Bruxelles, Labrou 1855), sull'Art. 930 del *Code Napoléon*, n. 1031, pag. 348, ROGRON, *Le Code civil expliqué* (Bruxelles, Soc. typogr. 1839), sull'Art. 930, pag. 195, LAURENT, cit. *Principes*, XII, n. 199, pag. 258, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, II (Paris, Larose-Forcel 1883) n. 431, pag. 305, PACIFICI-MAZZONI, *Cod. civ. it. comment.*, VIII (*Delle successioni*, IV) (Firenze, Cammelli 1875), n. 94, pag. 229-230, MATTEI, *Op. cit.*, III (Venezia, Naratovich 1873), sull'Art. 1096, nota 4, pag. 768-769, FERRAROTTI, *Commentario teor. prat. compar. al Cod. civ. it.* VII (Torino, Vercellino 1873), pag. 184, BUNIVA, *Delle successioni*, 2.a ediz. (Torino, Arnaldi 1870), pag. 233, CESANO, *Delle donazioni* (Torino, Favale 1865), n. 93, pag. 83.

2) In questo senso RICCI, *Corso teor. prat. di Dir. civ.* IV (2. ediz. Torino, Unione 1886), n. 361, pag. 608.

equivalga ad essa il semplice arbitrario rifiuto del debitore di adempierla, in quali casi ne derivi pel creditore il diritto all' *id quod interest*, in quali altri alla semplice *aestimatio*, esce dai limiti del nostro tema. Tratterebbesi di commentare nientemeno che il Capo III, Tit. IV, Libro III del Codice, che disciplina la vasta materia degli effetti delle obbligazioni. Basti invece il notare che questo surrogato della prestazione inadempiuta, *interesse* od *aestimatio* che sia, non può consistere che in danaro, la sola materia, userò il linguaggio delle fonti [1]), avente una *publica ac perpetua aestimatio*, che le permette di fungere da misuratrice di tutti quanti i valori. Non credo infatti degna di seguito la teoria, sostenuta segnatamente dal Demolombe [2]), secondo cui il creditore può pretendere che il debitore, postosi nell'impossibilità di prestare la *res debita*, sia condannato a pagargli altra *cosa simile*, anzichè il valore, inquanto questa sostituzione sia equamente possibile. È solo l'impossibilità della prestazione della cosa promessa, dice il *Demolombe*, che giustifica se ne dia il valore. Orbene, queste parole, con le quali il chiaro Autore difende la sua teoria, mi sembrano racchiuderne la condanna. Non è infatti l'impossibilità di una prestazione in genere, ma bensì di quella *determinata prestazione*, alias della prestazione di quella precisa *res debita*, che fa luogo, se mi è lecito dir così, alla transustanziazione immediata di essa nel suo valore, e questo valore dal

---

1) l. 1, pr. D. de contrah. emt. etc. 18. 1.

2) *Op. e Vol. cit.*, n.i 234, 235, pag. 204-206. Lo segue, fra noi, il Mattei, *Op. cit.*, IV, sull'Art. 1245, n. 2, pag. 387. V. inoltre gli Autori citati *supra* al mio n. 39 a pag. 105 note 2 e 3. **Contra** Borsari, *cit. Comment.* Vol. III, Parte II, sugli Art. 1245-1246, § 3195, pag. 644.

danaro soltanto può essere rappresentato e non da altra cosa, per quanto pure simile o congenere. Nè vale invocare per analogia, come pur fa il *Demolombe*, il disposto degli Art[i]. 1143, 1144 Cod. francese (1222, 1220 del Codice nostro). A tenore di essi, quando il debitore manca alla sua obbligazione di fare o di non fare, il diritto del creditore non si traduce senz'altro nel risarcimento pecuniario, ma egli può chiedere l'esecuzione dell'obbligazione in forma specifica: trattandosi di obbligazione di fare, può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore; trattandosi di obbligazione di non fare, può ottenere che si distrugga a spese del debitore quanto fu operato in contravvenzione ad essa. Io non so davvero come si possano invocare queste disposizioni nella questione che stiamo trattando. Per esse infatti non è che si adempia un'obbligazione prestando un oggetto *simile* a quello dovuto, ma è invece l'identico oggetto, quella determinata opera od ommissione, che si può ancora ottenere e si ottiene, bensì in forma indiretta, anzichè direttamente dal debitore. E poi ad ogni modo non si potrebbe argomentare dalle obbligazioni di fare o non fare alle altre, per le quali, in mancanza di espresso speciale disposto, varrà senz'altro il principio generale sancito all'Art. 1218, che cioè «chi ha contratto una obbligazione, è tenuto ad » adempierla *esattamente, e in mancanza, al risarcimento* » *dei danni.*»

Come poi non ha facoltà il debitore inadempiente, così non gli può essere fatto obbligo di dare, anzichè il risarcimento pecuniario, cose simili a quella promessa. Rettamente giudicò quindi la Cassazione di Torino, non potersi obbligare un venditore di cartelle di debito pubblico a darne altre di ugual valore al compratore, a cui

quelle erano state evitte, perchè di provenienza furtiva, mentre invece obbligo del venditore è di restituire, a titolo di garanzia evizionale, il prezzo riscosso cogli accessorî, ed ove d'uopo coi danni [1]). E, poichè abbiamo toccato dell'evizione, aggiungeremo qualche cosa di più, cioè che l'alienante non potrebbe liberarsi dall'obbligo della restituzione del prezzo e del risarcimento dei danni, nemmeno se si procurasse la cosa evitta e la offrisse di nuovo all'acquirente. Oramai è sorto, per l'acquirente che ha sofferto l'evizione, il diritto ad una somma che lo indennizzi, e sarebbe rimutare arbitrariamente l'oggetto del suo credito il pretendere ch'egli accettasse di nuovo la cosa [2]), il che importerebbe, come bene si esprime il De Luca [3]),

---

1) Sent. 11 Settembre 1876, in causa Biscaldi-Salomone *(La Giurisprudenza*, XIV, pag. 150).

2) l. 67 D. de evict. et dupl. stipulat. 21. 2. Merita di essere ricordata pure, per affinità di materia, la l. 98, § 8, D. de solut et liberat. 46. 3; anche in essa sono indicati dei casi in cui, per circostanze speciali, il dare la precisa cosa *che già si doveva*, costituirebbe oramai dazione di un *aliud pro alio*.

3) *Tractatus de emptione et venditione* (il 2°. Tratt. del Vol. VII delle sue Opere, ed. Lugduni, Cramer et Perachon 1697), disc. XXXVII, pag. 51-52. Cfr. pure, Mangilii, *De evictionibus* (Venetiis, ap. Juntas 1630), quaest. 183, n. 15-16, pag. 450, male collocato pertanto dal Boggio, *Della evizione*, (Torino, Unione 1886), n. 9, pag. 19, nota 1, limitandosi ai n.i 2-3 della citata *quaestio*, fra i sostenitori dell'opinione opposta. Egli anzi accentua che la pretesa del venditore sarebbe priva di fondamento persino se, assieme alla cosa ricuperata, egli offrisse al compratore evitto *omne interesse*. Alla opposta opinione inclina invece lo Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio* (Coloniae, Boltzer 1620) § 2, gloss. 5, pag. 357, il quale però conclude «quod ego infero *praeter omnes*». E il Fabro, che pur riferisce in questo senso una decisione del Senato pedemontano, si affretta però a soggiungere «Alio tamen iure uti nos saepius vidi, nec supradicta » sententia in aliis quam in feudis facile admittenda est». *Codex Fa-*

non già una semplice *repositio in statu pristino*, ma bensì una *nova acquisitio*. Lo stesso dovrebbe dirsi quando si trattasse di un'azione redibitoria, e il venditore pretendesse di dare al compratore un oggetto scevro da vizî dello stesso genere di quello venduto, anzichè restituirgli il prezzo (Art. 1501) ed eventualmente risarcirlo dei danni (Art. 1502). Merita lode pertanto il Codice sassone del 1863, che al § 952 ha espressamente sanciti questi principî, stabilendo; « Der Veräusserer kann sich von seiner » Haftung wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache « durch Nachlieferung einer fehlerfreien Sache und von » den Ansprüchen wegen Entwährung durch Wiederver- » schaffung der entwährten Sache nicht befreien ».

Abbiamo dunque, per tornare al punto di partenza, decisamente respinta l'opinione del *Demolombe* circa il potersi dare una cosa simile a quella promessa, anzichè il risarcimento pecuniario. Epperò meno che mai potremmo aderire al Kniep, il quale andrebbe anche più in là del *Demolombe*, sostenendo che *in taluni casi*, inadempiuta

---

brianus, T. II (Coloniae Allobrogum, Cramer & Philibert 1740) Lib. VIII, Tit. 31, defin. 4, pag. 1019. Veggasi però anche il caso ch' egli contempla ivi in nota 7, ed il Richeri esplica nella sua opera *Universa civ. et crim. iurisprud.*, L. III, Tit. 17, § 2609 (Venetiis 1841, T. III, pag. 52), caso ispirato ad un' *aequitas* veramente *cerebrina*.

È poi un'altra questione, che per noi non interessa, se possa il venditore, con l'acquisto della cosa dal vero proprietario, esimersi dalla garantia quando l'evizione non era ancora seguita, ma il compratore avesse semplicemente proposta, in base all'Art. 1459, la nullità della vendita: su di che sono da consultarsi una Sent. 29 Agosto 1871 della Cassazione di Torino, in causa Caveglio e LL. CC. c. Passatore, nel periodico *La Giurisprudenza*, XIII, pag. 630 e la nota ivi apposta, dove sono indicate le autorità pro e contro sia della dottrina, sia della giurisprudenza.

l'originaria obbligazione, questa non si converta nè in danaro, nè in altra prestazione della stessa specie, ma bensì in una prestazione non pecuniaria di specie diversa (« *Nichtgeldleistung von ganz anderer Art.* »). Così il depositario di una chiave di casa, che la ha perduta e non può quindi adempiere l'obbligazione di restituirla, sarebbe tenuto verso il depositante a far cambiare la serratura e a fargli fare una chiave nuova, ad essa relativa, tanto esigendo la sicurezza del proprietario della casa, al quale non basta avere una chiave simile a quella depositata o il suo valore, mentre la sua casa troverebbesi esposta al pericolo di esser aperta da chi avesse rinvenuta la chiave predetta [1]). Ma qui c'è un equivoco, che consiste nel considerare come un nuovo oggetto di obbligazione, che si surroghi all'originario, quello che non è se non un elemento di valutazione del danno da risarcirsi. Non è che l'obbligo di restituire la chiave depositata si converta in quello di far costruire una nuova serratura e una nuova chiave, ma il danno del suo inadempimento si risarcisce a danaro, tenendo calcolo della spesa che va a rendersi a tal uopo necessaria. Epperò dove realmente sta nel giusto il *Kniep*, è quando dice che » diese anders gear- » tete Nichtgeldleistung das Medium bildet, welches bei der » Abschätzung in Geld zu Grunde gelegt wird ».

Accertato il principio, ricordiamo com'esso non soffra in Diritto moderno eccezione in materia di locazione, a differenza del Diritto romano, del che abbiamo già avuta occasione di discorrere nel Capo precedente fra i casi di dazione in pagamento necessaria proprî di cessate legislazioni (Cfr. *supra*, n. 39 pag. 105-106).

---

1) *Die Mora des Schuldners*, già cit., II Bd., pag. 480-481.

56. Qualche cosa di singolare, bensì sotto un altro aspetto, presenta invece il contratto di mutuo. L'Art. 1828 dispone che » Il mutuatario è obbligato a restituire » le cose ricevute a mutuo nella stessa quantità e qualità » e al tempo convenuto, *e in mancanza è obbligato a pagar- » ne il valore*, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui » doveva secondo la convenzione fare la restituzione delle » cose ». Di qui risulta che, mentre nelle altre obbligazioni la sostituzione del valore all'oggetto dovuto avviene solo *ex necessitate*, quando cioè il debitore versi nell'impossibilità, e non sia tuttavia liberato dall'adempiere l'obbligazione, qui invece costituisce una *facultas alternativa* pel mutuatario. Ecco dunque un caso di dazione in pagamento necessaria che sta a sè. Chi ebbe a prestito, per esempio, una certa quantità di grano, richiesto del pagamento, può sempre liberarsi dando in luogo del grano il suo valore [1]). Dalle regole generali non si diparte invece nemmeno in materia di mutuo il Codice francese « L'emprunteur est tenu de rendre les » choses prêtées.etc. » (Art. 1902) » *S' il est dans l'impossi- » bilité d' y satisfaire*, il est tenu d'en payer la valeur etc. » (Art. 1903). Ed è disposizione, dal punto di vista dei principî, preferibile [2]), benchè non ci dissimuliamo quanto

---

1) Molto affine al mutuo è il quasi usufrutto, ciò che spiega l'opzione concessa in tal caso all'usufruttuario dall'ultima parte dell'Art. 483.

2) Già BARTOLO dichiarava non doversi consentire, senza più, al mutuatario la sostituzione del valore alla *res debita*. Egli scriveva che se «debitor fuit in mora et nunc non reperit frumentum vel vi- » num eius bonitatis cuius debet reddi, merito pervenitur ad aestima- » tionem, sed si nulla mora praecesserit, non crederem pecuniam posse » solvi, per regulam hic positam, quia *aliud pro alio* etc.» *Comm. in sec. Dig. vet. part.* (Lugduni 1555) *sulla l.* 2, §. *Mutui datio D. de reb. cred.*, n. 5, fol. 4. E nelle *Decisiones* di JOH. KÖPPEN SEN. (Lipsiae,

sia difficile l'intendersi sul concetto d'impossibilità in relazione alla prestazione di cose fungibili (*genus non perit*): vi sono, per esempio, dei commentatori valenti del Codice francese che interpretarono i detti Articoli così largamente, da giungere in ultima analisi alla massima del Codice nostro [1]).

La facoltà consentita al debitore dall'Art. 1828 è di natura eccezionalissima, epperò dovremo guardarci bene dall'estenderla ad altri casi all'infuori del mutuo. Quindi è che nelle altre obbligazioni di cose determinate solo nel genere, non potrà il debitore di suo arbitrio prestare in luogo di esse l'equivalente, ma, s'egli non adempia l'obbligazione, il creditore potrà procurarsi, a spese di lui, le cose promessegli (Cfr. *supra*, n. 51, pag. 123-124 nota 1) [2]). E meno che mai aderiremmo alla teoria, che ammette simile arbitrio di sostituire alla prestazione in forma specifica il suo valore in tutte quante le *obbligazioni di fare*.

1712) quaest. XXV, pag. 97 e segg., è indicata questa come un' *opinio* diventata, dopo *Bartolo*, *communis*, e molto bene si ribattono gli argomenti coi quali CURZIO IUNIORE difendeva il contrario assunto, seguendo JACOPO D'AREZZO.

1) V., fra tanti, DURANTON, *Cours de Droit civil*, 4e. édit. (Bruxelles, Soc. belge 1841) t. IX, n. 588, pag. 433-434, AUBRY E RAU, cit. *Cours de Dr. civ. fr.*, 4e. édit., IV, § 395, pag. 600, nota 4, BAUDRY-LACANTINERIE, cit. *Précis de Dr. civ.*, III, n. 815, pag. 483. **Contra**, fedele interprete del testo, LAURENT, cit. *Principes*, XXVI, n. 506, pag. 519-522. Viceversa presso di noi l'esimio GIORGI aggiunge qualche cosa alla legge, e non tiene calcolo della differenza di redazione fra l'Art. 1903 del Codice francese e l'Art. 1828 del nostro, dove mostra di esigere anche per l'applicazione di quest' ultimo l'impossibilità almeno relativa del mutuatario di adempiere l' obbligazione, *Op. cit.*, Vol. II, n. 91, pag. 119 della 2a. edizione.

2) Cfr. GIORGI, *Op. e Vol. cit.*, n. 104, pag. 144 e Autori ivi citati alla nota 2.

È questo poi un argomento di troppa importanza e troppo strettamente connesso al tema nostro, perchè si possa fare a meno di soffermarcisi alquanto [1]).

57. Fu particolarmente a proposito dell'obbligazione del venditore di consegnare la cosa venduta, che si svolse in origine la questione che andiamo a toccare. Il *tradere rem* si considerò un fatto, e quindi *faciendi* la relativa *obligatio* del venditore. Ed applicatavi senz'altro la massima » *Nemo praecise cogi potest ad factum* «, si disse da molti che il venditore, benchè sia in grado di consegnare la cosa, può liberarsi dalla sua obbligazione prestando invece al compratore l'*id quod interest* [2]). L'essere stata la questione piantata su questo terreno fece sì che Autori contrarî a siffatta conclusione, come il VINNIO [3]), rivolgessero tutti i loro sforzi a dimostrare che l'obbligazione di *tradere rem* non è *obligatio faciendi*, mentre invece, come nota giustamente l'EINECCIO [4]), non era tanto da occuparsi del caso della vendita in particolare, quanto piuttosto della premessa relativa alle obbligazioni di fare, premessa *per troppa generalità* errata. Detto ciò per dimostrare la vera ampiezza della questione, che soleva discutersi in una soltanto delle sue applicazioni (*l'actio emti*),

---

1) Degno di nota su tale controversia è l'articolo del NANI, *Di una questione relativa all'inadempimento dell'obbligazione*, nell'*Archivio giuridico*, XII (1874), pag. 371-384.

2) Taluno, pur escludendo questo principio nella vendita, lo ammetteva nella locazione rispetto all'obbligo di consegna della cosa, che anche al locatore incombe verso il conduttore. Così, p. es., il PACIONO, *Tract. de locatione et conductione* (Florentiae, Celli 1830), Cap. 28, n.i 8, 9 col. 341.

3) VINNII, *In IV Lib. Inst. imp, Commentarius*, ed. HEINECCIO, T. II (Venetiis, ex typ. Balleoniana 1783) Lib. III, Tit. 24, pag. 166.

4) *su Vinnio, loc. cit.*

non è certo nostra intenzione di segnalarne la vasta letteratura [1]). Ci basti indicare che la questione risale ai primi Glossatori, i quali tutti consentivano al venditore detta facoltà all'infuori di MARTINO [2]). É degno di nota però che lo stesso *Martino*, se non ammetteva il venditore a dare a suo piacimento *l'id quod interest* in luogo della cosa, autorizzava invece il compratore a chiederlo pel solo fatto della non effettuata consegna [3]). Epperò, se non alla regola *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, egli veniva ad ammettere in questa materia un'eccezione all'altra correlativa (V. *supra*, n. 16 *bis*, pag. 39) *aliud pro alio invito debitore peti non potest*. Noi proveremo tantosto che nè l'una nè l'altra eccezione è ammissibile, per tutte le obbligazioni di fare, in Diritto moderno.

Intanto, per ciò che riguarda il Diritto romano, cre-

---

1) La si può vedere in GLÜCK, *Pandekten*, Bd. IV, 2 Buch, 14 Tit., § 316, pag. 306, n. 64, 65 e Bd. XVI, 18 Buch, 1 Tit., § 984, pag. 113-114 n. 19, pag. 117 nota 25, KNIEP, *Op. cit.*, Bd. II, pag. 461-463, NANI, *loc. cit.* e GIORGI, *Op. e Vol. cit.*, n. 91, pag. 116-117.

2) Cfr. HAENEL, *Dissensiones dominorum* (Lipsiae 1834), § 60 della *Anonymi vetus collectio*, pag. 46-48 e § 409 sotto *Hugolini diss. dom.*, pag. 528-530. Che la questione non fosse limitata alla obbligazione di consegnare la cosa venduta (benchè di essa particolarmente si trattasse), ma concernesse in genere le obbligazioni di fare, e fino a qual punto fosse giunta l'opinione che ciò che forma l'oggetto principale di simili obbligazioni, è l'*id quod interest* e non il fatto promesso, lo si può desumere dall'opinione di qualche Glossatore circa la locazione in perpetuo dell'opera propria stipulata da un uomo libero. La si riteneva lecita, negando che ciò importi una specie di servitù, *perchè il locatore può sempre recederne col prestar l'interesse*. Cfr. § 81 della *Codicis Chisiani collectio*, nel cit. HAENEL, pag. 181. Generalmente accolta dai prammatici, questa divenne poi *comunis opinio*. Cfr. PACIONI, cit. *Tract. de loc. et cond.*, Cap. XV, n.i 2-4 col. 175.

3) «Si res vendita non tradatur, ad id quod interest agitur et agi »potest, scilicet si emptor voluerit». HAENEL, *loc. cit.* pag. 48.

diamo debbano distinguersi, in relazione al presente argomento, i varî sistemi di procedura, che vi furono successivamente in vigore.

Nel periodo delle *formulae* il principio sostenuto *ex adverso* era pienamente vero, ma d'altra parte non esclusivo alle obbligazioni di fare, mentre per tutte quante le obbligazioni, anzi, dirò più, in tutte quante le cause, la *condemnatio* non poteva essere che pecuniaria. Ma nel precedente periodo delle *legis actiones*, secondo l'opinione più probabile [1]), e nella *cognitio extra ordinem* succeduta alle *formulae*, per quanto quasi concordemente si ammette [2]), fu regola la condanna in natura, *in ipsam rem*, e non nel valor suo pecuniario. Se questa regola però si adottasse anche per le obbligazioni di fare, è, almeno in Diritto giustinianeo, un punto assai dubbio, per l'antinomia che, a tacer d'altre, le l. 17, Cod. de fid. lib. 7. 4, 14, Cod. de sent. et interloc. 7. 45, il § 32, Inst. Just. de act. 4, 6 presentano di fronte alle l. 13, § 1, D. de re iudic. 42. 1, al § 7, Inst. Just. de verb. obl. 3. 15, l. 72,

---

1) Sullo stato della questione si consultino ARNDTS, trad. SERAFINI, cit. *Tratt. delle Pandette*, Vol. I (4. ediz.), § 100, nota 1, pag. 387-390 e COGLIOLO, nelle note *b*, e *c*, pag. 337-340 sotto il Cap. 37 della *Storia del Diritto romano* del PADELLETTI (2. ediz., Firenze Cammelli 1886).

2) **Contra** ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation u. s. w.* (Halle, 1866), § 13, pag. 158-163, e gli Autori ivi citati a pag. 159 testo e note 6 e 7, KNIEP, *Op. e Vol. cit.* § 91, pag. 441-460. C'è chi pensa che in Diritto giustinianeo per le azioni già dette *arbitrariae* nell'*ordo iudiciorum privatorum*, così la condanna come l'esecuzione riflettessero la stessa prestazione in natura, per tutte le altre invece vigesse ancora la regola dell'antica procedura *per formulas*. Così GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana* (Palermo, Pedone-Lauriel 1873), pag. 314, NANI, *loc. cit.*, n. 12, pag. 378-379. Cfr. pure BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl. (Erlangen, Deichert 1874), § 87, pag. 291-292.

pr. D. de verb. obl. 45. 1, l. 43, D. de iudiciis et ubi quisque etc. 5. 1. Dalle prime apparirebbe che la condanna, nelle obbligazioni di fare, dovesse essere, giusta il principio fondamentale del nuovo sistema processuale, *in ipsam rem:* nelle seconde trova ugual appoggio l'opposta conclusione, per cui la condanna quivi avrebbe continuato ad essere pecuniaria, com' era regola della procedura anteriore.

Senz' addentrarmi nell' esame di siffatta antinomia, avanzo modestamente l' opinione ch'essa non sia che apparente. E l' una e l' altra serie di testi affermerebbero il giusto, ma riferendosi ad ipotesi diverse. Dove si vuole la condanna in natura, trattasi di fatti, rispetto ai quali è indifferente la persona che li presta, sicchè, non adempiendoli il debitore, è sempre possibile ottenerne da altri a sue spese la precisa esecuzione: dove invece si parla di una condanna nell'*id quod interest* trattasi di fatti, per l' esecuzione dei quali sono prese in considerazione l'attività e capacità propria dell' obbligato, alle quali non potendo surrogarsene altre, è giuocoforza che, lui reluttante, la prestazione si converta nel suo valore. Questa distinzione, desunta dal carattere personale o meno dei fatti promessi, è tutt' altro che ignota al Diritto giustinianeo: la si trova nettamente indicata, comunque per altri riguardi, nella l. un. § 9 Cod. de caducis tollendis, 6. 51 [1]).

57. bis. E questa distinzione è pur quella che deve sorreggerci nella risoluzione della presente ricerca in Di-

---

1) Sulla quale distinzione veggasi a lungo MOMMSEN, *cit. Beiträge z. O.*, I (*Die Unmöglichkeit der Leistung, u. s. w.*). § 8, pag. 64 e segg.

ritto moderno. Già abbiamo avuto occasione di toccarne a proposito dell' opinione dell' Acollas, che, riducendo tutte le obbligazioni alla categoria unica di *obligationes faciendi*, ed esprimendo il voto che in tutte il debitore potesse liberamente sostituire alla *res debita* l' equivalente in danaro, verrebbe a generalizzare l' opinione, che qui si esamina nei particolari riguardi delle *vere* obbligazioni di fare. E a quanto ivi si è detto, ci riferiamo completamente (Cfr. *supra*, n. 16 *ter*, pag. 42-43).

In altre parole, la nostra conclusione, cui soccorrono gli Art.[i] 1220, 1222, 1239[1]), è che le obbligazioni di fare non siano coercibili mediante esecuzione diretta, e quindi si risolvano di necessità, se inadempiute, nei danni-interessi, quando il fatto promesso non può essere prestato assolutamente da altri che dal debitore, perchè dipendente da qualità sue personali: esserci negli altri casi possibilità di esecuzione in forma specifica, nulla importando che il fatto venga eseguito da una piuttostochè da altra persona: basta che il fatto stesso (nel che comprendonsi le omissioni) comunque si ottenga. Allora infatti, ma allora soltanto, viene a proposito quanto sta scritto in fine della l. 13, Cod. de contrah. et committ. stipulat. 8. 38 « Et quare, quum paene similis omnium hominum natura » est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adim- » plere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant homi- » num voluntates ? »

Resta tuttavia un' importante considerazione da aggiungere. Ed è che, anche dove trattisi delle *obligationes faciendi* della prima specie, il non esser esse direttamen-

1) Conf., fra altri, Laurent, *cit. Principes*, XVI, n. 197, pag. 256-258. Cfr. pure Nani, *loc. cit.*, n. 19 e segg., pag. 381 e segg. e Autori ivi citati.

te coercibili è cosa che riguarda l'esecuzione, ma non la condanna che pronunzia il giudice e tanto meno quindi l'azione che il creditore esperisce. Il creditore cioè anche allora dovrà domandare in giudizio la precisa prestazione dedotta in obbligazione, e alla prestazione stessa sarà diretta la condanna, non potendosi accettare, perchè assolutamente contraria all'originaria intenzione delle parti, l'opinione posta innanzi dal VINNIO [1]) e da altri, che, se non in tutte le obbligazioni di fare, in queste almeno l'*id quod interest* sia *in obligatione* e il fatto promesso semplicemente *in facultate solutionis*, sicchè soltanto l'*id quod interest* e non il *facere* possa formar oggetto dell'azione del creditore e della sentenza del giudice [2]). Altri giungono alla stessa conclusione per altra via: cioè non già partendo dalla configurazione del rapporto come *facultas alternativa*, ma perchè considerano *impossibile ormai* pel creditore l'ottenere in forma specifica la prestazione del fatto, che, per ipotesi, è del tutto personale al debitore [3]). Il che non persuade. Se lo scultore ha mancato all'obbligazione verso di me contratta di eseguirmi una statua, resta pur sempre possibile ch'egli la esegui-

---

1) *loc. cit.*, *sul. pr.*, n. 7, pag. 165.

2) In generale l'idea che il contratto non obblighi *direttamente*, nè dia azione per l'adempimento della promessa, ma che l'azione sorga soltanto, a titolo di risarcimento o di pena, dall'inadempimento del contratto stesso, è tale, che non può ammettersi in uno stato di Diritto avanzato. Fors'è vero invece ch'essa appartiene ad uno stato primitivo del Diritto, nella fase originaria del Diritto delle obbligazioni. Cfr. POST, *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwickelungsgeschichte* (Oldenburg, Schwartz 1884), § 38, pag. 346.

3) Così, p. es., il GIORGI, *Op. cit.*, Vol. II, n. 108, pag. 148-149 della 2.a edizione.

sca in seguito, ed a ciò sarà dunque diretta la mia domanda, impregiudicata del resto la questione del risarcimento dei danni pel ritardo. — Men che mai aderiremmo poi a simili Autori, in quanto autorizzano il creditore a chiedere, invece del fatto promesso, il suo equivalente in danaro anche in quei casi, in cui ritengono essi pure possibile la prestazione in forma specifica, cioè quando trattisi di obbligazioni di fare aventi per oggetto opere fungibili [1]). Su che mai si può giuridicamente fondare questa trasformazione dell'obbligazione semplice (avente per unico oggetto l'opera da prestarsi) in un'obbligazione alternativa (avente per oggetto l'opera stessa o il suo equivalente) con diritto di scelta nel creditore? Ciò offende quella parità di trattamento ch'è dovuta ad entrambe le parti contraenti, perchè allora dovrebbe anche al debitore concedersi un'eguale facoltà di sostituzione, il che tuttavia dai predetti Autori si nega [2]). Non bisogna mai dimenticare che, se non si può pagare *aliud pro alio invito creditore*, non si può nemmeno esigere *aliud pro alio invito debitore:* i due principî, non ci stancheremo di ripeterlo, sono correlativi, sono le due faccie di una stessa medaglia.

Concludendo, le cose predette ci autorizzano a formu-

---

1) Giorgi, *Op. e Vol. cit.*, n. 107, pag. 146 e Autori ivi citati nella nota 3.

2) Valga per tutti il Giorgi, *Op. e loc. cit.*, pag. 147. L'errore suo principale, che lo ha condotto alla teoria da me censurata nel testo, parmi consista nel considerare come *modo di risarcimento* (e precisamente lo chiama risarcimento in forma specifica) la prestazione che si ottiene valendosi degli Art.i 1218 e 1220, la quale invece, dal momento che per ipotesi si tratta di opere fungibili, è essa stessa *prestazione della res debita*, e non già una forma di risarcimento.

lare le seguenti proposizioni. Sia l'opera da prestarsi fungibile o meno, il creditore dovrà in via principale chiedere la prestazione di essa; nè si dica che ciò sarà inutile, almeno quando l'opera sia non fungibile, perchè l'attività del debitore non c'è modo di ottenerla per forza. È pur possibile, rispondiamo, che il debitore abbia rifiutato di adempiere l'obbligazione non già per malevolenza, ma perchè convinto di non esservi astretto, e vi si induca invece dopochè una solenne pronunzia dell'autorità giudiziaria lo fa ricredere [1]). Quando poi l'opera è fungibile, il creditore può chiederla in più modi; o domanda senz'altro che il debitore sia condannato a prestarla, oppure valendosi dell'Art. 1220, chiede di essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore: oppure formula l'uno e l'altro petito, ma il secondo, beninteso, in via subordinata al primo. Fin qui della domanda della prestazione in forma specifica, ch'è quella che *può e deve* anzitutto presentare il creditore ed accogliere il giudice. Concordiamo infatti col Laurent [2]) nel ritenere che solo in via subordinata l'attore potrà, se crede, chiedere, e in via pure subordinata dovrà allora il giudice pronunziare la condanna pecuniaria pel caso di persistente inadempimento da parte del debitore anche dopo la condanna in natura [3]). Se il creditore si limita invece ad agire per ot-

---

1) Anche data poi la malevolenza del debitore, la influenza morale che può esercitare su di lui il semplice esperimento dell'azione, il processo per indurlo al compimento della prestazione dovuta, è elemento tutt'altro che trascurabile. Cfr. su ciò Ziebarth, *Op. cit.*, § 4, pag. 36 e segg.

2) *cit. Principes*, XVI, n. 201, pag. 263. Quivi si trovano indicate altresì le molte e discrepanti opinioni sull'argomento.

3) E tuttociò tengasi presente anche per le obbligazioni di non fare, con riguardo agli Art.[i] 1221, 1222.

tenere il fatto promesso, questo soltanto ordinerà la sentenza, salvo poi al creditore stesso di domandare i danni-interessi [1]). In due soli casi può e deve chiedersi dal creditore non la prestazione in natura, ma subito il suo valor pecuniario, cioè se il fatto promesso (es. la rinnovazione di un'ipoteca) non poteva essere effettuato utilmente che entro un certo termine e il debitore lo lasciò infruttuosamente trascorrere, e in secondo luogo trattandosi di obbligazioni di non fare, in cui la contravvenzione consista in un fatto transeunte, che non si possa distruggere, come se un tenore, dopo aver promesso di non cantare in un'accademia, vi abbia cantato [2]). Ma anche qui non si ha, chi ben guardi, che l'applicazione delle norme generali che valgono per tutte le obbligazioni: l'adempimento in natura della cosa promessa è divenuto in simili casi addirittura impossibile, e sappiamo che l'impossibilità della prestazione, quando non esonera il debitore, converte necessariamente la prestazione stessa nel suo equivalente a danaro (V. *supra*, n. 55).

Tuttociò ne induce a far plauso al Codice sassone, il quale al § 761 dispone; «Die Klage auf Erfüllung einer » Forderung geht auf den eigentlichen Gegenstand der For- » derung, selbst wenn diese auf eine persönliche in einem » Thun bestehende Leistung gerichtet ist. Auf Schadener- » satz kann nur unter den Voraussetzungen geklagt wer- » den, welche einen Anspruch darauf besonders begrün- » den », savia disposizione, che in molta parte compendia quanto nel presente numero siamo venuti esponendo [3]).

1) LAURENT, *loc. cit.*

2) Qui ho fedelmente riprodotto il GIORGI, *Op. e Vol. cit.*, n. 108, pag. 148-149.

3) E quindi disapproviamo invece il Codice bavarese, il quale, al citato § 7 del Cap. 14, Th. IV dice che la regola « dass man eins für

58. Non possiamo abbandonare questa materia del risarcimento, da noi studiato come un *aliud pro alio*, di cui *molte volte* il creditore è costretto ad accontentarsi, senza accennare ad una singolare teoria, la quale, allargando oltre misura il concetto del risarcimento stesso, sostiene che, *ogniqualvolta* un'obbligazione non venga regolarmente adempiuta, al creditore non è più dato *oramai* di conseguire, nemmeno in via giudiziale, la precisa *res debita*, ma deve accontentarsi di ricevere in cambio qualche cosa di essenzialmente diverso. Alludo alla teoria del Hasse, che considera le azioni derivanti dalle obbligazioni come dirette *sempre* non già all'adempimento dell'obbligazione, oramai inconseguibile, ma all'indennizzo per l'inadempimento [1]). Si faccia pure, egli dice, l'ipotesi più favorevole al creditore, che cioè egli ottenga giudizialmente in forma specifica la cosa promessagli, e si prescinda pure dal riflesso che in aggiunta ad essa egli ottiene un risarcimento pel ritardo, aggiunta che già basterebbe ad alterare il contenuto dell'obbligazione: resterà tuttavia sempre vero che la prestazione che ora si compie, è in sostanza diversa affatto (*im Grunde eine ganz andre*) da quella che doveva accadere a tenor del contratto. Il tempo infatti in cui la prestazione deve compiersi, è una qua-

---

» das andere in Zahlungen anzunehmen nicht schuldig ist», soffre eccezione. . . . . «2do in Schuldverbindlichkeiten, welche nicht *in dan-* » *do*, sondern *faciendo* bestehen.».

1) Hasse, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung in System des Privatrechts und über den Gegensaz der in personam und in rem actio*, nel *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, VI (Göttingen, Dieterich 1834) pag. 1-86 e 154-205. In conseguenza egli definisce così l'*actio in personam*: «Sie ist das Recht vom Richter zu fordern dass » er eine aus Verlezung meines Rechts für mich entstandene Obligation » auf Ersaz ausspreche und verwirkliche» *ib.* pag. 22.

lità essenziale, che serve a individualizzare la prestazione stessa, come lo sono il luogo fissato per l'adempimento, la quantità e la qualità di ciò che deve prestarsi. Si muti uno qualunque di questi elementi, e la prestazione che si ottiene non è più quella dovuta, ma un'altra in sua vece, per quanto simile: orbene, nell'ipotesi, il ritardo nell'adempimento è quanto basta per dover dire che il creditore ottiene soltanto un surrogato della prestazione dovuta [1]). Anche sotto di un altro aspetto il *Hasse* considera che quanto si ottiene coll'esecuzione forzata, tuttochè diretta alla precisa *res debita*, sia intrinsecamente diverso da ciò cui mirava l'obbligazione. Egli invoca la notissima l. 3, pr. D. de obligat. et act. 44.7 di Paolo «Obligationum sub» stantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum » aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis ob» stringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestan» dum.» Se dunque il contenuto dell'obbligazione è l'azione dell'obbligato, cioè una determinazione di volontà estrinsecamente manifestata (*eine erscheinende Willensbestimmung*), il fatto stesso dell'ottenere la cosa dovuta col ricorso alla pubblica forza in onta alla volontà dell'obbligato, distrugge il contenuto originario dell'obbligazione (*eben der Wille ist ja im absoluten Zwang aufgehoben*) e non lascia conseguire che un surrogato della prestazione dovuta, per quanto negli effetti prossimo ad essa [2]).

Questa teoria trovò già valenti oppositori [3]) e certa-

---

1) *loc. cit.*, pag. 18-21.

2) *loc. cit.*, pag. 164-165.

3) Cfr. specialmente Demelius, *Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte*, I Bd. (Weimar, Böhlau 1856), pag. 140-144, Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II Bd. 4.e Aufl. (Leipzig, Breitkopf u. Härtel 1876), § 115, pag. 369, nota 9, nonchè Windscheid, *Die Actio*, pag. 24, citato dall'*Unger*. Veggansi inoltre in

mente a chi bene la esamini apparisce più speciosa che vera. Ammetto anch'io, ed anzi ho già avuta occasione di notarlo (Cfr. *supra*, n. 9, pag. 21) che in senso ampio può dirsi mutato l'oggetto della prestazione quando avvenga un'alterazione qualsiasi nei riguardi di essa, concerna pure soltanto il tempo o il luogo in cui debba eseguirsi. Ma ripeto che ciò può dirsi solo in senso ampio, prendendo la cosa da un punto di vista del tutto formale, mentre in realtà e nella comune intelligenza delle parti è il *quid* da prestarsi che caratterizza l'oggetto dell' obbligazione, e non tanto il quando o il dove, che sono piuttosto modalità accessorie che elementi essenziali della prestazione. Il tempo in cui l' obbligazione ha da adempiersi, per non dir che di questo, è elemento essenziale, presupposto necessario, non già della prestazione, ma dell'esperibilità dell'azione [1]), eccetto il caso di prestazioni che non possono utilmente compiersi che in un dato momento. Tanto è ciò vero, che può il debitore rinunziare al termine e pagare prima della scadenza, inquanto il termine sia posto a beneficio suo, com'è cosa normale [2]), principio che non si sarebbe certamente ammesso se fosse vero che il *solvere* fuori di tempo equivalga a *solvere aliud pro alio*.

Tanto sul primo argomento del *Hasse*. L'altro mi trarrebbe facilmente fuor d'argomento, perchè, a ben confutarlo, sarebbe necessario approfondire la questione gravissima sul vero concetto e contenuto di *obbligazione* in genere [3]).

---

proposito le osservazioni dello ZIEBARTH, *Op. cit.*, § 4, pag. 31-32, il quale però, più che avversare le conclusioni del *Hasse*, le modifica.

1) Cfr. DEMELIUS, *loc. cit.*, pag. 142-143.

2) l. 15 D. de ann. leg. 33. 1, l. 38, § 16, l. 41, § 1, D. de verb. obl. 45. 1, l. 70, l. 98 § 4 D. de solut. 46. 3, l. 17 D. de reg. iur. 50, 17; Cod. civ. del Regno Art. 1260 n. 4, comb. coll'Art. 1175.

3) Cfr., fra i più recenti, KUNTZE, *Die Obligationen im römischen*

Non posso ristarmi tuttavia dall'osservare, che, a mio giudizio, nelle obbligazioni, meglio che una volontà vincolata ad un'altra, si ha un *vincolo fra due patrimonî considerati come personalità astratte.* È un determinato patrimonio che deve una certa prestazione ad un determinato altro patrimonio, e le persone, fra cui apparisce sorgere il vincolo, non sono che gli organi, i rappresentanti, altrimenti surrogabili, delle rispettive personalità patrimoniali, come chi dicesse i preposti di un corpo morale, che lo rappresentano, che agiscono e rispondono per esso, ma che non sono il corpo morale. E al modo stesso che non muta l'essenza dei rapporti giuridici contratti da un corpo morale per ciò solo che ne venga mutata la rappresentanza, così non potrà dirsi per nulla alterata l'essenza dell'obbligazione, quando il patrimonio obbligato, anzichè mediante il proprio organo naturale, cioè la persona cui appartiene, la soddisfi per ministero d' altri, come sarebbe per ministero della giustizia nel caso di esecuzione forzata. Nè mi si obbietti che a questo modo di considerare l'obbligazione come vincolo proprio dell'*ente patrimonio* verso altro ente simile, anzichè come vincolo fra le persone che materialmente figurano come creditori e debitori, contrasta la possibilità di obbligazioni, aventi per oggetto un fatto del tutto personale dell'obbligato; poichè è facile replicare che anche l'attività personale dell'obbligato ha un valore eco-

---

und heutigen Recht, u. s. w. (Leipzig, Hinrich 1886), specialmente nel IV Kap. (« *Die Structur der Obligatio* »), pag. 90-125 e HASENÖHRL, *Das österreichische Obligationenrecht*, I Bd. (Wien, Braumüller 1881), § 1, II, pag. 7-12. Sono tante e così disparate le opinioni, di cui molte paradossali, accumulatesi sull'argomento, che chi voglia occuparsene, osserva il KUNTZE (*loc. cit.*, pag. 91) « wird in ein faltenreiches Netz » verwickelt; Entrinnen ist schwer, die Arbeit ist endlos ».

nomico, e, come tale, forma parte del patrimonio. Laonde è sempre questo l'ente obbligato: solo che la natura della prestazione dovuta è allora tale, che quest'ente non può compierla se non con l'organo di quella data persona, del titolare, per così dire, di quel patrimonio, e non servendosi di altri intermediarî: laonde, se quegli vi si rifiuti, l'ente obbligato, posto nell'impossibilità di prestare la *res debita* vi sostituisce il risarcimento. Epperò tutte le volte che sia invece possibile l'ottenere giudizialmente la prestazione in forma specifica, non si può dire col *Hasse* che alla sostanza originaria dell'obbligazione, riflettente la volontà dell'obbligato, si è sostituito un *quid* diverso, perchè non era già quella volontà individuale, ma l'ente patrimonio quello, da cui una determinata prestazione si voleva ottenere e si ottenne [1].

---

1) La costruzione giuridica del concetto di obbligazione, quale ho esposta nel testo, richiederebbe uno sviluppo, che il presente lavoro non comporta. Parrà a taluno troppo materiale ed avviliente questa parte fatta alla volontà individuale, che, da soggetto dell'obbligazione, non ne diventa che un surrogabile istrumento. E invece, se non c'illudiamo, è questa costruzione l'unica, che renda alla volontà, e quindi alla personalità umana il debito omaggio, escludendo ch'essa possa, neppure parzialmente, sottomettersi alla volontà altrui. È altresì feconda di risultati, come quella che spiega, ad esempio, la giustizia della esecuzione patrimoniale e l'ingiustizia di ogni esecuzione personale, la trasmissibilità delle obbligazioni agli eredi, che non sarebbe concepibile se il vincolo, anzichè di un determinato patrimonio, fosse di una determinata volontà personale. Ci pare finalmente che col considerare l'ente patrimonio *come soggetto*, rispettivamente attivo o passivo, dell'obbligazione, noi sfuggiremo la censura, che giustamente il WINDSCHEID, *cit. Pandekten* (6.e Aufl.), II, § 252, nota 1, pag. 9, muove al KÖPPEN, il quale considera *come oggetto* del *Forderungsrecht* « das » Vermögen des Schuldners, welches dadurch gemindert werde », la censura cioè di fermarsi al lato economico, trascurando la costruzione giuridica.

Capo III.

Eccezioni apparenti o ingiustificabili alla volontarietà della dazione in pagamento.

Sommario.

59. Si precisa il contenuto del presente Capo.
60. Pagamento di debiti pecuniarî con varia specie di monete: Erronea collocazione di questo caso fra quelli di dazione in pagamento coattiva. Come debba interpretarsi la l. 99 D. de solut. et liberat. 46.3.
60 *bis*. Continuazione.
60 *ter*. Continuazione e conclusione secondo il Diritto romano e il Diritto civile vigente.
61. Come la predetta eccezione al canone della volontarietà della dazione, inammissibile nel Diritto civile, lo sia altresì nel Diritto commerciale, e differenza in proposito fra il Codice di commercio vigente e quello del 1865.
62. Se ai predetti principî si deroghi in materia di depositi di danaro. Si espone e si confuta la teoria del Vidari.
63. Transizione ad altri casi. Il principio «*in iudiciis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*», se pure ammissibile, non importerebbe dazioni in pagamento coattive.
64. Di un caso di dazione in pagamento inammissibile in tema di locazione di cose.
65. Se l'erede con beneficio d'inventario possa imporre dazioni in pagamento ai creditori dell'eredità ed ai legatarî.
66. Casi di *obligationes ob rem*, che cessano con l'abbandono della cosa. In particolare dell'obbligazione delle riparazioni incombente all'usufruttuario.

59. È bene precisare di che intendiamo occuparci in questo Capo, sotto la duplice categoria di eccezioni *apparenti* e di eccezioni *ingiustificabili* alla regola che la dazione dev'essere volontaria.

V'hanno delle norme giuridiche, nelle quali o furono erroneamente ravvisati, o si potrebbero per avventura ravvisare, stando all'apparenza più che alla sostanza delle cose, dei casi di dazione in pagamento coattiva. Combattere o prevenire simili errori parevami indispensabile, ed

ecco dunque presentarsi l'argomento delle eccezioni *apparenti* alla nota regola. Ma poi si fa innanzi un'altra serie di casi, quelli che realmente importerebbero altrettante dazioni in pagamento necessarie, se le norme giuridiche in essi racchiuse e da più d'uno accolte, non fossero invece, a mio giudizio, da repudiarsi: queste le eccezioni ch'io reputo e chiamo *ingiustificabili.* Trattasi in altre parole d'esaminare principî veri, che si qualificherebbero a torto come dazioni in pagamento coattive, e principî che si dovrebbero invece così qualificare, se fossero veri. E di questi ultimi già ci occorse fornire qualche esempio, per connessione di materia, nei Capi che precedono. Al quale proposito richiamo qui, come a sua propria sede, quanto ebbi occasione di esporre nel n. 38, pag. 104–105, a proposito di acquisti fatti in proprio nome dal tutore con danari del pupillo e nei n^{i}. 57 e 57 *bis* a proposito delle obligazioni di fare.

Ciò premesso, passiamo all'esame di simili casi, anche qui senza pretesa di tutti esaurirli, e fermandoci particolarmente sui debiti pecuniarî, in quanto possano soddisfarsi con varietà di monete.

60. Sonovi appunto scrittori, i quali più o meno apertamente dichiarano eccezionale al principio «*Aliud pro alio invito creditore solvi non potest*» quanto si verifica nel *pagamento dei debiti pecuniari.* Del che non so rendermi perfetta ragione nè secondo il Diritto romano, nè secondo il vigente. Viene qui in campo la *l.* 99, *D. de solut. et liberat. 46.3*, la quale, secondo la più accreditata lezione [1]), suona:

---

1) Ch'è la lezione della *Vulgata*, suffragata dai *Basilici*, XXVI, 5, 99, indubbiamente preferibile a quella della *fiorentina* «Debitorem non

« Creditorem non esse cogendum in alia forma num-
» mos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. »

Comunemente quell'alia *forma nummorum* s'intende significhi specie di moneta diversa da quella promessa, e si dice che il passo dunque *a contrariis* consente che il debitore imponga al creditore di ricevere il pagamento in oro anzichè in argento, in argento anzichè in oro e simili, sol che provi che da questa sostituzione di qualità monetarie non gliene verrà alcun danno. Ecco adunque la prestazione di un *aliud pro alio invito creditore* [1]).

Con ciò si fraintende, a mio avviso, la citata legge,

» esse cogendum ecc. » Cfr. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, II Th., I Abth. (Erlangen, Palm 1809) XII Buch, 1 Tit., § 783, pag. 66, nota 74.

1) Cfr., fra tanti, Cuiacio, specialmente al T. VII (ediz. di Modena), *Comm. in Lib. 12, Tit. I Digest.*, col. 615 e T. VI, *Comm. in Lib. V Responsor. Julii Pauli, ad. l. 99 de solut.*, col. 532. Ma si confronti pure il T. VII, *loc. cit.* col. 616, il T. II, col. 903 *sulla Nov. 4*, e il T. V, col. 388, *Comm. in Lib. XXVII ad Edict., ad l. 2 de reb. cred. § Mutui datio*; Daurer, *Disput. iurid. de solutione* (Lipsiae, Bauch 1655), n. 23 (pagine non numerate), Annaei Roberti Aurelii, *Rerum iudicatarum libri IV* (Genevae, ap. Crispinum 1620), Lib. I, Cap. 16 *Pro creditore*, pag. 274 e segg., diffusamente Jos. Averanii, *Interpretat. iuris, Pars prima*, T. II (Lugduni Batavorum, Vander 1746) Lib. III, Cap. 10, n.i 7 e segg., pag. 197 e segg., Wesembecii, *In Pand. iur. civ. paratitla* (Patavii, Frambotti 1658), Lib. XII, Tit. I, n. 12 pag. 402-403, Joh. Voet, *Commentar. ad Pandect.*, sul Lib. XII, Tit. I, n. 23, nel Vol. II (Venezia, Naratovich 1847), pag. 462, Richeri, *cit. Univ. etc.* Lib. III, Tit. VI, § 728 (Tomo II, pag. 961-962) e §§ 745, 751 (*ibid.*) pag. 964, Weidner, *cit. Die Lehre v. d. Zahlung u. s. w.*, § 62, pag. 104-105, Glück, *Op., Vol. e loc. cit.*, pag. 65, il quale ultimo, a proposito della l. 99 D. de solut. et liberat. 46.3, dice precisamente potersi dare argento per oro « jedoch mit Vergütung des agio » ma poi a pag. 66 sembra riferisca il danno, di cui parla la citata l. 99, ad ipotesi affatto diverse, che nulla hanno a che fare col dare oro per argento e viceversa.

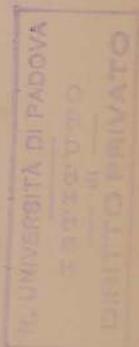
per giungere poi ad una conclusione contraria al sistema monetario romano. La espressione *alia* FORMA *nummorum* non può assolutamente significare varietà di metallo monetato: avrebbesi dovuto dire allora » *alia* MATERIA O SUBSTANTIA O CORPUS NUMMORUM. »[1]). *Forma* ha ben altro significato, e così il corrispondente τύπος usato dai Basilici; queste parole cioè alludono al conio ed anche al cosidetto taglio della moneta [2]), nel qual ultimo senso specialmente è esplicito il seguente passo di ELIO LAMPRIDIO nella *Vita di Alessandro Severo* [3]): « Tuncque primum se» misses aureorum formati sunt: tunc etiam tremisses. For» mas binarias, ternarias et quaternarias, quas Helioga» balus invenerat, resolvi praecipit, neque in usu cuius» cumque versari. » Passo questo importantissimo, perchè, oltre al chiarire il significato di *forma*, mette sott'occhio una delle cause, per cui il sostituire una *forma* all'altra nel pagamento poteva recare al creditore quel danno, cui accenna la nostra l. 99. Alessandro Severo (e ricordisi che PAOLO, autore della l. 99. in esame visse sotto di lui), nell'introdurre nuovi tagli della moneta aurea, demonetò quelli che prima di lui aveva fatti coniare Eliogabalo. Dato che un debitore avesse voluto pagare con queste *formae* demonetate, il creditore, giusta la surripetuta legge, poteva rifiutarle, risentendone evidentemente un danno.

Altro caso di simile danno si avrebbe quando il debitore si facesse a restituire in tutta moneta spicciola una somma ricevuta in pezzi di grosso taglio, e ciò per l'incomodo

---

1) Cfr. l. 1, pr. D. de contrah. emt. 18.1, l. 94, § 1, D. de solut. et liberat. 46,3, l. 34, § 4, D. de legat. 1.

2) Cfr., ai rispettivi luoghi, il *Lessico* del FORCELLINI e il *Thesaurus* dello STEPHANI.

3) § 39 — *Script. hist. Aug.* Vol. I (Lipsiae, Teubner), pag. 277.

ch'essa arreca, onde i moderni legislatori fissarono il *maximum* che se ne può far entrare nei pagamenti.

Ma prescindiamo anche dal significato di *taglio*, per interpretare *forma* nel senso di *conio*; la l. 99 s'interpreterà ancora benissimo, senz'uopo di ricorrere al supposto che vi si tratti della sostituzione di un genere di moneta metallica all'altro. È noto infatti che a talune provincie aggregate all'Impero, come p. es. la Cappadocia, si concesse facoltà di coniare una moneta propria, avente corso parallelo alla moneta imperiale, ma limitatamente a quelle determinate provincie [1]). Epperò, mentre un creditore non poteva rifiutarsi a ricevere aurei coniati sotto un dato imperatore, allegando ch'egli ne avea prestati di quelli coniati sotto un imperatore diverso (chè da ciò non risentiva danno, pari essendo il valore degli aurei in corso, di qualsiasi conio), poteva invece rifiutarsi di ricevere in una data provincia, a restituzione della somma prestata in aurei imperiali, moneta d'oro avente corso limitato ad altra provincia diversa. In questo caso infatti alla diversità del conio era inerente un danno, atteso l'aggio, che avrebbe dovuto pagare il creditore a qualsiasi argentario per cambiare, pongasi, la moneta speciale alla Cappadocia con altra corrente in tutto l'Impero [2]).

---

1) Cfr. MOMMSEN, *Geschichte des römischen Münzenwesens* (Berlin, Weidman 1861), VII Abschn., § 17, pag. 711 e § 19, pag. 729.

2) Alle due ultime ipotesi da noi figurate a spiegazione del danno del creditore, cui allude la cit. l. 99 de solut. (cioè di pagamento in moneta spicciola e di varietà di monete regionali) si riferisce pure il DONELLO, *cit. Comment. de iur. civ.*, Lib. 16, Cap. 9, § 10, nel Tomo IV, col. 766. All'ultima soltanto il POTHIER, *Pandette* (trad. it. Venezia, Bazzarini 1835), sul Lib. 46, Tit. 3, n. 62 in nota (Vol. VI, pag. 206), nonchè l'UNTERHOLZNER, *Op. cit.*, Bd. I, § 114, pag. 231-232, che

Ma vi ha di più. Se vera fosse l'interpretazione avversaria, si dovrebbe concludere che la l. 99 D. de solut. sancisce cosa che non ha senso. Bisogna infatti tener presente che il sistema monetario romano ammetteva fra le varie specie metalliche un rapporto fisso, legale [1]): è quanto dire che *sempre* il debitore aveva nei pagamenti la scelta fra oro ed argento, senza che il creditore potesse opporgli il pregiudizio derivantegli dal deprezzamento commerciale della specie prescelta, mentre di faccia alla legge entrambi i tipi si equivalevano entro la misura legale. Epperò si spiega quanto scrive SENECA: « Nam et » pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro » argenteis aureos » [2]), nonchè la *l. 65, § 1, D. de verb. obl. 45.1*, ove dice:

« Stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spon- » dendo obligaberis. »

Dire ora dunque che la nostra l. 99 de solut. accorda di pagare oro per argento o viceversa, *ma purchè* il creditore non ne rimanga pregiudicato, equivarrebbe a distruggere ciò che vi ha di caratteristico in ogni sistema plurimetallico a rapporto fisso (e quindi anche nel romano), per cui sempre i debitori, forti dell' ap-

---

dal *Pothier* diversifica però inquanto segue la lezione « *Debitorem* » anzichè « *Creditorem.* »

1) MOMMSEN, *Op. cit.*, V. Abschn., § 6, pag. 405-408, specialmente a pag. 402, VIII Abschn. § 3, pag. 756-760, specialmente a pag. 758 e § 5, pag. 766-770. V. pure DUREAU DE LA MALLE, *Économie politique des Romains* (Paris, Hachette 1840), T. I, Ch. IX e X, pag. 66-97, ma specialmente a pag. 87 e 92 e il cit. HARTMANN, *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes u. s. w.*, pag. 55 e 105 nota 1.

2) *De beneficiis*, L. VI, Cap. 5 (Tomo II delle *Opera omnia*, Aug. Taurinorum, Pomba 1828).

poggio legale, possono pagare con la specie metallica che nel mercato ha meno valore, senza che il creditore possa muoverne lagno.

60.[bis] Taluni Autori, forse di ciò persuasi, ma ostinati a prendere *forma nummorum* nel senso di specie monetaria, riferiscono la nostra legge al caso in cui non siasi già promessa una somma senz'altro, ma un *certum genus nummorum*. Ed allora realmente, essendo questo patto compatibile con un sistema plurimetallico, si avrebbe una *datio in solutum necessaria*, perchè (arg. *a contrariis* dalla cit. l. 99 de solut.), in onta al patto stesso, il creditore dovrebbe ricevere un *genus nummorum* diverso « *si ex ea re damnum passurus* NON *sit* », puta perchè in quel dato momento il corso commerciale corrispondeva perfettamente al legale [1]).

---

1) Così p. es. D. Gothofredo (*Corpus iuris civilis romani cum notis* D. Gothofredi (ed. van Leeuwen, Venetiis, Antonelli 1836), T. I, pag. 1134, nota 41, sulla l. 3 D. 12,1), nel parlare del caso in cui « nominatim in specie aureos debes . . . . non aestimationem », conclude « Hicque refero l. 99. infr. de solut., quae negat creditorem in alia forma cogendum nummos accipere. » E più esplicitamente l'Accarias, *Précis de Droit romain*, T. II (Paris, Cotillon), n. 690, pag. 676 nota 3, enunciata la regola « *Aliud pro alio etc.* », soggiunge: « Par exception quoique la convention porte que le créancier sera payé en telle espèce de monnaie, il peut être tenu d'en recevoir une autre si cela n'a rien de préjudiciable pour lui, l. 99, de solut. », il che quasi testualmente ripete il De Baudus, *Du payement en Dr. romain* (Th. pour le Doctorat, Poitiers, De Oudin 1880) pag. 13. — Cfr. pure il Mees, *Dissert. iurid. inaugur. de vi mutatae monetae in solutionem pecuniae debitae* (Roterodami, Messchert 1838), Cap. II, § 2, pag. 46-47. Anche l'esimio nostro Giorgi, *Op. cit.*, Vol. VII, pag. 28, cita la l. 99 de solut., con la lezione « DEBITOREM *non esse cogendum* », a proposito delle obbligazioni nelle quali *non quantitas sed genus spectatur*; ma mi permetto di osservare ch'egli si mostra malsicuro nell'interpreta-

Ma ognun vede quanto siffatta interpretazione ha di arbitrario. Il passo di Paolo è generico, nulla fa credere che la fattispecie da lui decisa fosse quale la configurano questi Autori: che anzi, parlandovisi senz'altro del modo di soddisfare *debiti pecuniarî,* noi non possiamo allontanarci da ciò che per essi è regola, l'avere cioè di mira *non corpora sed quantitatem* [1]).

Raccogliendo ora le fila del nostro ragionamento, concludiamo che la l. 99 D. de solut. et liberat. 46.3 è affatto estranea alla materia delle *dationes in solutum* necessarie. Il giureconsulto Paolo non vi discorre, nè vi poteva discorrere, di pagamenti effettuati con una anzichè con altra specie metallica. Il dare oro per argento, argento per oro era sempre permesso, e non solo quando non ne derivasse alcun danno al creditore. Unica eccezione il caso che l'obbligazione, anzichè di somma, fosse di specie monetate, chè allora il principio « *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest* » acquistava tutto il suo impero, per nulla contraddetto dalla l. 99 citata [2]).

60. [ter] Resta ora una parte della dimostrazione, la quale dal campo del Diritto romano si estende anche al Diritto vigente. Si domanda cioè se questo poter dare oro per argento e viceversa non rappresenti appunto un caso bell'e buono di dazione in pagamento necessaria. Eb-

---

zione di questa legge, poichè la troviamo altrove da lui stesso citata in altri due sensi affatto diversi e colla lezione «*creditorem* etc.» Cfr. *Op. e Vol. cit.*, pag. 26 e pag. 32, nota 2.

1) Cfr. l. 1 pr. D. de contrah. emt. 18.1.

2) Per ciò che riguarda la storia della questione, *an pecunia una pro alia solvi potest*, nella dottrina intermedia, può del resto utilmente consultarsi l'Endemann, *Studien in den romanisch-canonistischen Wirthschafts — und Rechtslehre*, II Bd. (Berlin, Guttentag 1883) VII, § 5, pag. 213 e segg.

bene, la risposta non può essere che negativa. La considerazione del metallo scompare e si fonde nel *concetto generico di moneta*: chi ebbe una somma in oro e la ritorna in argento, restituisce l'identica cosa, cioè moneta di corso legale. Tanto che, richiesto per avventura come si possa *giuridicamente* configurare il sistema *economico* della pluralità di tipi monetarî a rapporto fisso, risponderei ch'esso si risolve nella possibilità di effettuar pagamenti con materia diversa da quella ricevuta od enunciata all'atto dell'obbligazione, senza che ciò importi per nulla una dazione in pagamento [1]). Nè vi ha in ciò nemmeno l'ombra di quell'odiosità, che accompagna d'ordinario la vera e propria dazione in pagamento fatta *invito creditore*. Poichè, mentre in quest'ultima il creditore è costretto a ricevere cosa diversa da quella pattuita (supposto che trattisi di contratto) *per i suoi bisogni*, e tale forse da non soddisfarli punto o non adeguatamente, invece il bisogno del creditore, cui doveva provvedere la somma da prestarsi, è soddisfatto del pari con qualunque delle specie in corso si effettui il pagamento, stante la loro equipollenza legale e il principio di reciprocità insito in siffatto sistema, per cui, se dovetti

---

1) Al che corrisponde la costruzione di obbligazione alternativa, appunto perchè in relazione ad essa non si può parlare, come sappiamo, di dazione in pagamento. Cfr. *supra*, n. 12, pag. 26. Simile costruzione è più chiaramente d'ogni altro formulata dal cit. Mees, *De vi mutatae monetae etc.* Cap. 1, § 5, pag. 29: «Ex duplicis in pecunia metalli usu, omnis pecuniae obligatio *alternativa* fieri videtur. » Debitor certam pecuniae summam promittens, vel certam quantitatem auri signati, vel certam quantitatem argenti signati promittit; » et semper eligere poterit utri harum obligationum satisfacere velit.» Veggasi inoltre Fierli, *Celebriores doctorum theoricae* (Bononiae, Masi 1825), pag. 45, che espone la *Theorica Bartoli in Leg. si quis stipulatus* 57 *ff. de solut. et liberat.*

acconciarmi a ricevere argento anzichè oro, potrò a mia volta in argento anzichè in oro effettuare i miei pagamenti. Non potrebbe pensarsi l'opposto che in un reggime monometallico, o plurimetallico bensì, ma senza tariffa legale [1]).

E, poichè noi consideriamo giuridicamente come vera e propria moneta ogni mezzo di pagamento legalmente riconosciuto, ne viene che le precedenti considerazioni restano tali e quali in un reggime monetario cartaceo. Chi paga allora con la carta-moneta debiti pecuniarî indicati in monete metalliche, non solo agisce legalmente, ma non effettua veruna dazione in pagamento, sempre per lo stesso motivo, che cioè, ricevuto danaro, restituisce ciò che al presente ha pure qualità di danaro.

In conformità al sin qui detto, l'Art. 1821, posto sotto il Titolo *del mutuo*, ma estensibile, al pari del successivo, ai pagamenti pecuniarî in genere, stabilisce che il mutuatario adempie il suo obbligo quando restituisce la somma numerica prestata, in quella specie qualsiasi che trovisi in corso al tempo del pagamento. Norma che vale per le obbligazioni di somma. Ma l'Art. 1822 contempla anche il caso che l'obbligazione sia di un *certum genus*

---

1) Quale è vagheggiato dal FERRARA, *Della moneta e dei suoi surrogati* (Introduzione al Vol. VI, serie 2.ª della *Biblioteca dell'economista*, Torino, Unione tipogr. 1857), che propugna l'abolizione della moneta legale e la piena libertà dei privati di adottare per moneta quel qualunque metallo loro piaccia. Posto ciò, egli scrive: « La libertà » nella scelta implica una rigorosa schiavitù nell'adempimento delle » promesse. Chi liberamente si impegni a pagare 58 diecigrammi d'oro, » non deve aver facoltà di dare, invece, 20 grammi d'argento. La » legge non può, nè *a priori* nè *a posteriori* innovare il contratto, co- » me non potrebbe costringere a dare e ricever farina, quando si fosse » convenuta una vendita di tessuti. » pag. CCLXIV.

nummorum e non di quantità, e allora vuole si restituisca il *genus* pattuito. Applicazione questa pura e semplice del canone «*Aliud pro alio etc.*». Dov'è soltanto che fa capolino la dazione in pagamento necessaria? Nel capoverso dello stesso Art. 1822, in quanto dispone che, se quella determinata specie di monete, in cui si convenne dover seguire il pagamento, non si può trovare od è messa fuori di corso, il debitore si libera rendendo l'equivalente al valore intrinseco che le monete aveano al tempo in cui furono mutuate. Senonchè, considerato che in materia civile siffatte obbligazioni di specie monetarie rappresentano l'eccezione e quelle di somma la regola [1]), considerato che in fine dei conti lo stesso Art. 1822 non fa che applicare ai prestiti di danaro una norma ch'è generale a tutti i casi d'impossibilità non liberatoria di prestare l'oggetto dovuto (Cfr. *supra*, n. 55) [2]), tenuta pure pre-

---

1) Tutto l'opposto dunque di quanto valeva per le *Assise di Gerusalemme*, che, attese le oscillazioni nel valor delle monete, intendevano che nei mutui la restituzione della somma si dovesse fare nelle precise specie ricevute dal mutuante: . . . «Se uno ti ha imprestato » formento, tu non li dei render orzo, et sel t'impresta oglio, tu non » gli dei render vino *et sel t'impresta bisanti, tu non gli dei render* » *ducati*, ma la rason commanda che tu gli restituisci tal cosa qual » ti ha imprestato, et ti dirò la rason perchè: *Perchè molte volte* » *aviene chel bisante val cinque soldi*, *et talvolta diece soldi*, et tal- » volta del formento, il mozo, un bisante et l'orzo tal fiata tre moza » al bisante etc.» *Assisae Regni Hierosolymitani*, secondo la trad. ed emenda della Repubblica Veneta, Cap. 47 (pag. 407 del Vol. II delle *Leges antiquae barbarorum* del CANCIANI, Venetiis, Coleti 1783). Noto di passaggio quanto sia erroneo il motivato di quest'assisa rispetto al divieto di dare orzo per frumento e simili. Il divieto dovrebbe permanere anche se ci fosse perfetta e costante equivalenza commerciale fra i due articoli, attesa la loro diversità sostanziale.

2) Anche il VIDARI nei tre casi di cui all'Art. 1822 capov. vede un'*impossibilità* di eseguire l'obbligazione come fu pattuita. *Corso di*

sente la molto lata disposizione che l'Art. 1828 detta per ogni sorta di mutui (Cfr. *supra*, n. 56), concluderemo che neppure l'Art. 1822 capoverso basta a giustificare la generica asserzione di qualche pur valente civilista [1]), che cioè i debiti pecuniarî costituiscano come tali una grande eccezione alla massima, più volte ripetuta, del non potersi prestare ad arbitrio *aliud pro alio* [2]). Asserzione alla quale perfettamente corrisponde il § 7 del Cap. 14, Th. IV del Codice bavarese, in quanto anch'esso erroneamente considera come un'eccezione alla regola «dass man » eins für das andere in Zahlungen anzunehmen nicht schul- » dig ist » quanto succede «5to in Geldschulden, wel- » che ohne sonderbaren Geding, nicht in nämliche Spe- » cie, sondern nur in nämlicher Quantität und gangbarer » guter Münze bezahlt werden müssen, jedoch dergestalt, » dass man über fünf und zwanzig Gülden Scheidemünze » in einer Zahlung anzunehmen nicht schuldig ist. » Nè è questa la prima volta che ci accade di censurare il Codice bavarese a proposito di casi ch'esso impropriamente qualifica come eccezioni al principio che non si possa pagare *aliud pro alio invito creditore* [3]).

Diritto commerciale, Vol. III (Milano, Hoepli 1879), pag. 507 e Vol. IV (Milano, Hoepli 1880), pag. 145-146. Soltanto osserva che, trattandosi di obbligazione di cosa determinata nella specie e non solo nel genere, l'impossibilità, a stretto rigor di diritto, dovrebb'essere liberatoria.

1) Giorgi, *Op. e Vol. cit.*, n. 15 in fine e n.i 16 e segg., pag. 16 e segg.

2) Non entro nella dibattuta questione, priva oggimai per noi d'importanza, sulla validità o meno del patto della restituzione in moneta metallica, o almeno del pagamento della differenza fra corso legale e commerciale dei biglietti, in un reggime cartaceo a corso forzoso. Certo che la soluzione negativa importerebbe un nuovo caso di dazione in soluto necessaria.

3) Una legislazione, che realmente sembrerebbe ammettere nei de-

61. Ma l'eccezione, che nello stato attuale della nostra legislazione quasi non figura, figurava invece sotto il dominio del Codice commerciale del 1865 relativamente al pagamento delle cambiali. Leggesi infatti all' Art. 228 di quel Codice: « La lettera di cambio dev'essere pa-
» gata con la moneta in essa indicata. Se la moneta in-
» dicata non ha corso legale o commerciale nel Regno,
» e se il corso non fu espresso nella lettera di cambio,
» il pagamento si fa in moneta del paese al corso del gior-
» no della scadenza e del luogo del pagamento, e qualo-
» ra non vi sia corso di cambio al corso della piazza più
» vicina » [1]). Laonde, per quanto si avesse avuto di mira, con l'indicare la moneta estera, di costituire un'obbligazione di un *certum genus nummorum*, e quali pur si fossero le espressioni a tal uopo adoperate, il pagamento era sempre validamente fatto con la moneta del Regno, al ragguaglio fissato dal Codice, anche se a procurarsi la moneta pattuita non ci fosse stata per l'obbligato im-

---

biti pecuniarî in genere una dazione in pagamento coattiva, è la prussiana, nella quale il pagamento (*Zahlung*) è così definito: « die Erfül-
» lung der Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld *oder Geldgleiche «auf jeden Inhaber lautende Papiere»* (Preuss. allgem. Landr. I, 16, § 28), non potendo le parole scritte in corsivo significare il *Papiergeld*, che già sarebbe compreso nella parola *Geld*, e che inoltre non esisteva in Prussia quando vi si fece il Codice. Cfr. il cit. Gruchot, *Die Lehre v. d. Zahlung der Geldschuld*, pag. 76. E tuttavia s'inclina ad escludere questa *d. i. s.* necessaria, sostenendo che il citato § 28 non ebbe altro scopo che di dare il concetto generale di pagamento con riguardo ai mezzi ond'esso comunemente si effettua, ma sempre supposta, quanto ai predetti titoli al portatore, la *libera volontà* del creditore di riceverli. V. Gruchot, *Op. cit.*, pag. 76-78, Engelmann, *Das preussische Privatrecht u. s. w.* (Breslau, Koebner 1883), § 137, 1, pag. 210.

1) Veggasi pure l'Art. 452 dello stesso Codice di commercio del 1865, relativamente alle assicurazioni marittime.

possibilità e nemmeno difficoltà di sorta [1]). Era dunque una dazione in pagamento necessaria, dirò meglio inevitabile.

Ben altrimenti procede la cosa oggigiorno, dopochè l'Art. 39 del vigente Codice di commercio del 1883, Articolo che ha il vantaggio oltre a tutto di dettar norma per ogni sorta di obbligazioni commerciali, anzichè per le cambiarie soltanto, ha statuito: « Se la moneta indica-
» ta in un contratto non ha corso legale o commerciale
» nel Regno, e se il corso non fu espresso, il pagamento
» può essere fatto con la moneta del paese secondo il cor-
» so del cambio a vista nel giorno della scadenza e nel
» luogo del pagamento, e, qualora ivi non sia un corso di
» cambio, secondo il corso della piazza più vicina, *salvo*
» *se il contratto porti la clausola effettivo od altra equi-*
» *valente.* » È dunque oggi aperta la via al creditore, onde evitare quella dazione in pagamento necessaria, bastando semplicemente ch'egli inserisca nel contratto simile clausola. La è diventata, in altre parole, una questione di formalità, da cui si fa dipendere l'interpretazione della volontà delle parti. Se cioè queste vogliono costituire re-

---

1) Il De Luca invece facoltizzava il debitore a pagare nella moneta del paese debiti stipulati in moneta estera *solo in caso* di difficoltà a procurarsela. A rigor di diritto, egli dice, poichè *aliud pro alio* etc. salvo il caso d'impossibilità assoluta, il pagamento dovrebbe sempre effettuarsi con la moneta estera, poni doppie di Spagna: « sed quoniam
» creditoris non omnino praecise intererat habere ipsam speciem du-
» plarum hispaniarum, adeo ut praestando integram aequivalentiam
» remaneret sibi consultum, hinc proinde, quamvis non adsit omnimoda
» impossibilitas, sufficit illa impossibilitas moralis, quae ab aliqua dif-
» ficultate provenit, ut ex aequitate admittatur debitor ad praestandum
» aequivalentiam in moneta regionis. » *De censibus*, disc. 38, n. 4, pag. 246 del Tomo V, Tract. 3, del *Theatrum veritatis et iustitiae* (Lugduni, Cramer 1697).

almente un debito di un *certum genus nummorum*, occorrerà facciano uso della predetta clausola *effettivo* od altra equivalente: in caso contrario s'intenderà che l'obbligazione sia semplicemente di somma o di quantità. Ma non c'è più il grave inconveniente che, stabilito il pagamento in moneta estera come vera e propria obbligazione di determinate specie monetarie, sia rimesso poi all'arbitrio del debitore di soddisfarla invece con moneta nazionale.

62. Non possiamo abbandonare quest'argomento delle *obbligazioni pecuniarie* senza toccare del *contratto di deposito*, perchè un illustre giureconsulto nostro, il VIDARI, scrive che il denaro in questo contratto «atteggiasi diver- » samente dalle altre cose » [1]) e questa diversità ch'egli vi ravvisa, è tale che, se fosse vera, verrebbe precisamente ad importare una dazione in pagamento necessaria.

Ecco tutta intera la sua teoria in argomento. Mentre il depositario non può per regola far uso della cosa depositata senza il consenso del deponente e deve restituire l'identica cosa ricevuta, trattandosi di danaro invece può farne uso liberamente, bastando restituisca alla scadenza altrettanto nelle medesime specie così nel caso di aumento che di diminuzione di valore (Art. 1848 Cod. civ.): anzi tale sarebbe il diritto del depositario ancorchè il deponente gli avesse fatto espresso divieto di servirsi dei pezzi di moneta depositati, perchè, quando il deponente riceve quello a cui ha diritto, non deve cercare più in là, non potendo il creditore avere un diritto maggiore del proprio interesse. Vi ha di più. Quando non sia intervenuto un patto espresso in contrario, il depositario può anche non restituire o gli stessi pezzi depositati o pezzi

---

1) *Op. cit.*, Vol. III, n. 1641, pag. 483.

della stessa specie, ma altre monete per il loro valore legale fino a costituire l'importo della somma depositata, così come appunto avviene nelle banche di deposito. Però in questo caso il contratto muterebbe natura e, più che di deposito, sarebbe un contratto di prestito [1]).

Fin qui il *Vidari*, dal quale spiacemi dissentire completamente. Egli cita l'Art. 1848 Cod. civ. in prova che il depositario può, senz'uopo di consenso del deponente, usare delle monete ricevute (salva restituzione di altrettanto nelle medesime specie), e quell'Articolo invece porta alla conclusione contraria. È infatti così concepito: « Il deposita- » rio deve restituire l'identica cosa che ha ricevuto. *Un* » *deposito di danaro,* QUANDO IN CONFORMITÀ DELL'ART. 1846 » IL DEPOSITARIO NE AVESSE FATTO USO, *deve restituirsi nelle* » *medesime specie in cui fu fatto, nel caso tanto d'au-* » *mento quanto di diminuzione del loro valore.* » Ora l'Art. 1846, quivi richiamato, dice che il depositario « non » può servirsi della cosa depositata senza l'espresso o pre- » sunto permesso del deponente » ; *ergo* anche trattandosi di somme di danaro il depositario non può farne uso senza questo permesso, e la regola ch'egli possa assolversi restituendo altrettanta somma nelle stesse specie, vale solo inquanto egli abbia riportato il ridetto permesso [2]). *A for-*

---

1) *loc. cit.*, pag. 483-484.

2) L'inciso dell'Art. 1848 Cod. civ., che si riferisce all'Art. 1846, ha tanto maggiore importanza, in quanto rappresenta un' aggiunta al corrispondente Art. 1932 capov. del Codice francese, così concepito: « Ainsi le depôt de sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes » espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation soit dans le » cas de diminution de leur valeur. » Forse di fronte ad un dettato simile l'assunto del VIDARI acquisterebbe maggiore apparenza di verità. Non sarebbe però, diciamo, che un'apparenza di verità, perchè, per

tiori poi ciò varrà pel caso, in cui, lungi dal consentire a quest'uso, il deponente lo avesse espressamente inibito.

Questa conclusione, oltre ad appoggiarsi al testo legislativo, scende dalla natura del contratto di deposito, combinata col principio che la dazione in pagamento, salvo i casi *espressamente* indicati dalla legge, non può essere che volontaria. Infatti la proprietà della cosa depositata, qualunque ne sia la natura, rimane presso il deponente, il quale non intende affidarne al depositario che la detenzione a scopo di custodia. Donde l'obbligo della restituzione in natura, posto dalla legge fra gli elementi costitutivi di questo contratto nella definizione che ne dà all'Art. 1835 e raffermato al primo comma dell'Art. 1848. Il massimo che si può concedere, è che, qualora trattisi di deposito di danaro, quello della restituzione in natura non sia un elemento *essenziale*, ma bensì un elemento *naturale* del contratto, cioè tale da poter essere escluso dalla comune volontà delle parti, e ciò spiega appunto il capoverso dell'Art. 1848. Ma se per di più autorizziamo il depositario a rendere non gl'identici pezzi ricevuti, ma altri della stessa specie, anche se non n'ebbe permesso dal deponente, si consente arbitrariamente al debitore la

---

molte ragioni (Art.i 1915, 1930 del Cod. fr. e la parola *ainsi*, che collega il capov. dell'Art. 1932 al I.° comma) terrei la stessa opinione pure in Diritto francese. Anche un recente ed egregio commentatore di quel Codice, il BAUDRY-LACANTINERIE, *cit. Précis de Dr. civ.*, T. III, n. 845, pag. 501, scrive: « Si j'ai déposé des pièces d'or à découvert, » les mêmes pièces devront m'être restituées. L'Art. 1932 ne dit pas » assez, quand il dispose qu'il faudra restituer des pièces semblables, » langage qui s'explique cependant par cette considération qu'il est » en général indifférent au déposant de recevoir les pièces mêmes qu'il » a données ou d'autres du même type, mais il est préférable de main» tenir le principe en toute sa rigueur. »

prestazione di un *aliud pro alio*, chè tale è precisamente, per quanto perfetta sia l'equivalenza, il restituire altri pezzi da quelli ricevuti, mentre si ha a che fare con un contratto, che per sua natura esclude la surrogabilità di altri oggetti ai dovuti benchè per sè fungibili.

Di fronte alla quale considerazione sulla natura specifica del contratto di deposito cade il riflesso dell'esimio *Vidari*, che il deponente non può aver interesse a pretendere i precisi pezzi depositati, dal momento che il depositario gliene dà altri della medesima specie. Chi ha dato il diritto al depositario di farsi giudice di questo interesse, per poter poi contravvenire, se lo creda inesistente, ad uno degli obblighi che il contratto *per sè stesso* gli impone? Ed oltre a tutto chi affermerebbe in via assoluta che non si possa avere interesse a conservare, p. es., una o più monete determinate, quantunque ce ne siano a migliaia della stessa specie, del preciso conio, che perfettamente equivalgono? Quella moneta è passata, suppongasi, per le mani di una persona amata, e ciò basta forse perchè il deponente la tenga sacra come una reliquia, che nulla vale a surrogare, oppure egli vi annetteva una certa importanza per un segno qualunque, che ad altri invece passava inavvertito o indifferente. Del resto questa considerazione del difetto d'interesse conduce il *Vidari* ad una inconseguenza; egli infatti convalida la sua tesi dicendo che il danaro è una cosa fungibile per eccellenza, anzi è il simbolo di tutte le cose fungibili: un pezzo da venti franchi ne vale un altro e viceversa, come un esemplare di un libro di una certa edizione vale qualunque altro esemplare di quel libro e di quella edizione [1]). Or-

1) *loc. cit.*

bene, se così è, perchè il *Vidari* non estende anche al caso del libro (od altro oggetto fungibile) depositato, ciò ch'egli afferma in ordine al danaro [1])? Quale sarebbe allora la ragione per cui il danaro soltanto dovesse, userò la sua frase, atteggiarsi nel deposito diversamente dalle altre cose?

A conferma del sin qui esposto soccorre finalmente l'opinione del POTHIER. Questo Autore nel suo *Trattato sul deposito* [2]) vivamente stigmatizza la teoria, che il depositario possa lecitamente valersi pei proprî affari dei danari che tiene in deposito, quando ha la certezza morale di poter trovare e presentare la somma alla richiesta del deponente e purchè questi non gliel' abbia consegnata sigillata o non gli avesse fatto altrimenti conoscere che non voleva se ne servisse. « È falsissimo il di- » re » , così scriv'egli, « che debba bastare al depositario » che l'uso del danaro non gli sia stato proibito; fa d'uopo » ch'ei abbia il consenso di quello che glieli ha dati in » deposito, ovvero un giusto motivo di presumerlo; senza » di ciò egli è un ladro [più propriamente direbbesi che commette appropriazione indebita] qualora se ne serva ».

---

1) Con maggior coerenza appunto il SERAFINI, nella nota 4 al § 286 della sua traduzione dell'ARNDTS, *Pand.* (Vol. II, pag. 258), sostiene addirittura che « nella stessa consegna di *cosa fungibile* è già implici- » tamente contenuta la facoltà di servirsi della medesima. » Io concedo questo soltanto, che la qualità di cosa fungibile sia già un elemento che, se da solo non basta, concorre tuttavia a far ammettere più facilmente quel semplice consenso presunto, di cui si accontenta l' Art. 1846 del Codice. Elemento concomitante decisivo potrà essere per avventura l'uso commerciale; è così, p. es., per i depositi di somme presso le Banche di deposito, che il VIDARI cita ad esempio della sua teoria, senza badare a questo elemento speciale che qui interviene.

2) n. 37, pag. 300 dell'edizione italiana (Livorno, Vignozzi 1840).

Ora non c'è bisogno di rilevare quanto peso abbia l'opinione del *Pothier*, ispiratore del Codice francese, a cui attinse il nostro.

Dopo quanto ho sopra dichiarato, torna evidente che meno ancora potrò accogliere in materia civile (checchè sia di ciò quanto alle Banche di deposito, V. pag. 168 nota 1) l'ultima proposizione del *Vidari*, che cioè, salvo patto espresso in contrario, il depositario possa anche non restituire o gli stessi pezzi depositati o pezzi della stessa specie, ma altre monete per il loro valore legale fino a costituire l'importo della somma depositata. Piacemi rilevare soltanto che, a giudizio dello stesso *Vidari*, il contratto in tal caso muterebbe natura, e, più che di deposito, sarebbe di prestito. Orbene è egli giuridicamente accettabile che possa essere rimesso all'arbitrio del debitore il mutare natura al contratto?

Concludiamo: il depositario deve rendere sempre l'identica cosa ricevuta e ciò anche, salva concessione in contrario avutane dal deponente, se trattisi di somme di danaro: decidere altrimenti equivale a creare un caso di dazione in pagamento necessaria, che la legge assolutamente non riconosce. — Ed ora lasciando i debiti di somme, passiamo ad altri casi di diversa natura.

63. Potrebbe per avventura ritenersi collegato col tema nostro il noto principio « *In iudiciis universalibus* » *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.* » Ma ciò sarebbe errato. Data per un momento la verità di questo principio, teoricamente molto discussa [1]), diremo-

1) V. gli Autori citati nelle *Pandette* dell'Arndts, trad. Serafini, Vol. I, § 48, nota 6, pag. 158 (4.ª ediz.), specialmente il bel lavoro del Flach, *De la subrogation réelle* (Paris, Durand, Pedon-Lauriel 1870). *Adde* Unger, *System des österreichischen allgem. Privatr.*, I Bd. (Leip-

mo, per esempio, che subiscono una dazione in pagamento l'erede vero e l'assente che ritorna, per ciò che, in cambio delle cose ereditarie o formanti parte del proprio patrimonio, devono acconciarsi a ricevere dall'erede apparente o dagli immessi nel possesso definitivo il prezzo ritrattone alienandole, o l'azione a pretenderlo, o gli altri beni in cui quello fosse stato investito [1]? Mainò: la dazione in pagamento ha luogo quando uno deve una data cosa e si assolve dal suo debito pagandone un'altra. E qui invece dalla *natura stessa* della *universitas iuris* scenderebbe che, appena fatta l'alienazione o il rinvestimento, cessasse di esser dovuta la cosa distratta dal patrimonio, per essere dovuta *unicamente* quella subentrata in sua vece. L'erede apparente e l'immesso nel possesso definitivo dei beni dell'assente devono restituire l'eredità o il patrimonio *nello stato nel quale si trovano* al momento in cui agisce l'erede vero o ricompare l'assente: questa è la loro obbligazione ed essi quindi, consegnando le cose in quello stato, lungi dal sostituire *aliud pro alio*, vengono a prestare ciò che costituisce il preciso oggetto del loro debito.

64. Si avrebbe ancora un esempio di dazione in pagamento necessaria nel *contratto di locazione di cose*, se fosse vera l'opinione sostenuta dal POTHIER, che cioè il locatore possa, per un interesse proprio, effettuare un mutamento di forma sopra una parte di lieve importanza del-

---

zig, Breitkopf- Härtel 1856), § 57, pag. 470 e segg., AUBRY e RAU cit. *Cours de Dr. civ. français*. 4.e édit., T. VI, § 575, pag. 235-239, GIANTURCO, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Vol. I (Napoli, Salvati 1885), § 41, pag. 92).

1) Art.i 39 e 933, 1° capov. Cod. civ.

fondo locato, indennizzandone il conduttore. « Per esempio », egli scrive, « se da una grande possessione affittata vo-» lessi staccare qualche iugero, onde dilatare il mio parco » e piantarlo ad uso di bosco, il conduttore, cui offro una » indennizzazione e diminuzione di fitto, non può opporsi » [1]). Ma a ciò resiste assolutamente il concetto di *locazione,* per cui il preciso obbligo del locatore è quello di far godere al conduttore la cosa, e a questo godimento effettivo e integrale egli non può surrogare altra cosa, come l'indennizzo, nemmeno per una minima parte. Occorrerebbe all' uopo un testo espresso di legge, e lungi da ciò, l'Art. 1579 del nostro Codice, conforme al 1723 del francese, in via assoluta dispone che il locatore non possa durante la locazione mutare la forma della cosa locata [2]).

65. Importanza speciale in relazione alle presenti nostre ricerche presenta il *beneficio dell'inventario.* Si chiede se l'erede beneficiario possa costringere i creditori dell'ere-

---

1) *Trattato del contratto di locazione*, trad. it. (Livorno, Vignozzi 1840), n. 75, pag. 805.

2) L'opinione del POTHIER è seguita fra noi, per quanto mi consta, dal solo ERCOLANI, *Delle locazioni e conduzioni dei fondi rustici,* ecc. (Siena, Mucci 1875), n. 56, pag. 37. Le è del resto universalmente contraria la dottrina francese e italiana. Per limitarmi a due dei più recenti, dai quali si trovano citati gli altri, accenno GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, I (Paris, Pedon-Lauriel 1884), n. 129, pag 135-136 e BIANCHI EMILIO, *Corso di legislazione agraria*, II (Milano, Hoepli 1886), n. 414, pag. 285, nota 1. Taluni però, più che respingere l'opinione del *Pothier*, v'introducono questo temperamento, che trattisi di un interesse grave del proprietario e di un danno poco apprezzabile del conduttore. Cfr. COLAMARINO, *Del contratto di locazione* (Napoli, Marghieri 1876), n. 60, pag. 75-76. Ma ci sembra più conforme alla legge l'opinione assolutamente negativa, per la quale veggasi in particolare RICCI, cit. *Corso ecc.* Vol. VIII (2.ª ediz., Torino, Unione tipogr. 1886), n. 94, pag, 165-166.

dità e i legatarî di somme a ricevere in pagamento beni ereditarî. Vengono qui in campo il § 4 e il § 6 della famosa *l. 22 Cod. de iur. deliber. et de ad. vel acquir. hered. 6. 30*, quella con cui Giustiniano introdusse il beneficio predetto. Conviene riferirli nelle parti che a noi interessano:

§ 4 « . . . . Sed et si legatarii interea ve-
» nerint, et eis satisfaciant [gli eredi beneficiarî] ex here-
» ditate defuncti, *vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsi-*
» *tan venditione.*

§ 6 « *Sin vero heredes res hereditarias creditoribus*
» *hereditariis pro debito dederint in solutum*, vel per da-
» tionem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditori-
» bus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus
» eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum le-
» ges eas abstrahere, etc. »

Da questi passi alcuni interpreti vecchi e moderni del Diritto romano hanno tratto argomento per affermare, che altro dei vantaggi, arrecati dal *beneficium inventarii* all'erede, fosse quello ch'egli potesse costringere creditori del defunto e legatarî di somme a ricevere *in solutum* cose ereditarie. Jacopino Riminaldo asserisce che per comune consenso però questa dazione in pagamento coattiva è concessa all'erede beneficiario solo nel caso che nell'asse manchi il danaro, onde soddisfare quei crediti e legati: « se-
» cundum omnes in dicto § haec stipulatio et in dicto § et
» si praefatam, ubi adest pecunia res solvi non potest » [1]).
Ma per verità taluni interpreti, in ispecie posteriori al *Riminaldo*, parlano di questa facoltà dell'erede beneficia-

---

1) Jo. Mariae *et* Jacopini a Riminaldis, *Consiliorum sive responsorum*, Vol. IV (Venetiis, Zenari 1579), cons. 602, n. 16, fol. 2 *verso*.

rio in termini così generali ed assoluti, da lasciar credere ch'essi non ammettano nemmeno questa limitazione [1]). Viceversa altri, oltre al difetto di pecunia nell'asse ereditario, esigono all'uopo i requisiti ulteriori già da noi altrove studiati, del *beneficium dationis in solutum*, sotto il quale riducono il presente argomento [2]): in particolare i più fra i Dottori seguaci di tal teoria la subordinavano alla condizione che l'erede non avesse trovati compratori di quei beni [3]), o che si fossero bensì presentati compratori a giusto prezzo, ma non disposti a tenere esonerato dalla garantia per evizione l'erede venditore, che a tale

---

1) V., fra tanti OINOTOMI, cit. *Instit.* sul Lib. II, Tit. 19, § *Extranei*, n. 29, pag. 189, MEVII, *Decisiones*, I, 121, citato dal GRUCHOT, *Preussisches Erbrecht u. s. w.*, I Bd. (Berlin, Grote 1865), pag. 182, WESTPHAL, *Systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, u. s. w.* (Leipzig, Weygand 1790) § 333, pag. 183-184, DOVERI, *Istituzioni di Diritto romano*, Vol. II (Firenze, Le-Monnier 1866), § 766, 2°, pag. 598, DE CRESCENZIO, *Sistema del Diritto civile romano* (2.ª ediz., Napoli, Jovene 1869), Vol. II, § 271, pag. 156, e, incidentalmente, *Corte d'Appello di Firenze*, Sent. 21 Marzo 1870 in causa Capei c. Julien (*Annal. d. giur. it.*, IV, 2, pag. 18) e PACIFICI-MAZZONI, *Tratt. delle successioni*, Vol. V (*Cod. civ. it. comment.* Vol. IX), n. 183, pag. 315.

2) Così esplicitamente il VERING, *Geschichte und Pandekten des röm. und heut. gem. Privatrechts* (4.ª Aufl., Mainz, Kirchheim 1885), § 183, II, 3, pag. 441 e § 268, III, pag. 720-721. Cfr. pure STRYKIO, *Op. cit.*, Cap. II. n.ⁱ 39-42, pag. 173.

3) Cfr. JOH. VOET, cit. *Commentar. ad Pand.*, sul L. XXVIII, Tit. 8, § 21 (Vol. IV, pag. 412-413), e *Fr. Porcellini*, quaest. 2, n. 3, pag. 4 nel Volume «*De benêficio inventarii ac eius conficiendi forma, tractatus varii* «(Aug. Taurinor., Bosco 1672), dove più opere di vari Autori sul ben. dell'inventario sono poste di seguito sotto forma di questioni a numerazione progressiva.

esonero ritenevasi avesse diritto in virtù del beneficio dell'inventario [1]).

Per quanto riguarda le leggi e in particolare gli Statuti dei tempi andati, una dichiarazione esplicita a questo proposito non mi venne fatto di trovarla che negli Statuti della VAL DI SABBIO, i quali anzi autorizzano l'erede a questa dazione coattiva anche prima ch'egli abbia condotto a termine l'inventario [2]). Ma allo stesso risultato, benchè non dichiarato esplicitamente, potevano condurre

---

1) Così, dietro JACOB. DE AR., CINUS, *super Codice*, (*cum addition.*, Venetiis, De Thoresanis 1493), *sulla l. Scimus*, § *Et si praefatam, de iur. deliber.*, JACOP. DE RIMINALDIS, *Op. e loc. cit.*, ROLANDI A VALLE, nei cit. *Tractatus varii de b. i.*, quaest. 155, pag. 90, PHANUCII DE PHANUCIIS, *ibid.*, quaest. 242, n. 153, pag. 395, MICH. GRASSI, *ibid.*, quaest. 266, n. 3, pag. 534, Jo. P. SURDI, *ibid.*, quaest. 274, specialmente ai n.i 13-15, pag. 548 e 33 e segg., pag. 550, MANGILII, *Tract. de evictionibus* (Venetiis, Bertani, 1668), quaest. 52, ni 11-14, pag. 117. Nessun'altra condizione, oltre il difetto di pecunia nell'asse ereditario, è richiesta da DIDACO SPINU, nei cit. *Tractatus varii de b. i.*, quaest. 273, n. 49, pag. 545; egli infatti si limita a scrivere le parole seguenti: «Haeres faciens inventarium poterit creditoribus invitis dare »in solutum, tamen de bonis haereditariis, quando pecunia non est in »haereditate — Et sic est ibi casus notabilis in quo invito creditore »aliud pro alio solvi potest.» Anche il MONTICULO mostra molta larghezza nel concedere il favore in discorso all'erede beneficiario, autorizzandovelo anche se potesse vendere le cose ereditarie e col ritratto pagare i creditori e legatarî «si aliquod damnum vel evictio»nis, VEL DILATIONIS passurus esset», SEBAST. MONTICULI, nei cit. *Tract. varii de b. i.*, quaest. 232, n. 8, pag. 196.

2) *Statuti di* VAL DI SABBIO *divisi in cinque Parti* (Brescia, per Vinc. Sabbio 1597), III Parte, Cap. 8, pag. 74: «Possa l'herede anco »durante la confettione, et instanza dell'inventario, senza pregiudi»carsi punto ragione alcuna del detto beneficio dar in pagamento a' »creditori delli beni della heredità, per l'amontar de' loro veri cre»diti, questo però per espresso dichiarato, in caso che l'heredità non »fosse à bastanza per il pagamento di tutti i debiti, che non sia pre»giudicato ragione alcuna à gli anteriori in tempo.»

anche altri Statuti o Costituzioni, inquanto ammettevano nel caso di adizione di eredità beneficiaria, una specie di procedura concursuale con pubblici editti di citazione dei creditori [1]) e si sa come ordinariamente, in mancanza di acquirenti accettabili, le cose esecutate terminassero con l'essere assegnate in pagamento ai creditori [2]).

Ma torniamo alla dottrina ed alla giurisprudenza per vedere quanto ci sia di vero in tutta questa teorica, basata sull'interpretazione dei riferiti passi del Codice giustiniano.

Per parte mia non esito a proclamarla assolutamente erronea, e non saprei spiegare come mai essa abbia

---

1) Veggansi in questo senso sei bandi lucchesi, dei quali quattro del 1346 e due del 1348 nei *Bandi lucchesi del sec. XIV, per cura di* S. Bongi, (*Collez. di op. ined. o rare dei primi tre secoli della letteratura* (Bologna, Tipogr. del progresso 1863) a pag. 128-129, 131, 143-144, 167, 195-196, 201-202); una procedura simile è pure prescritta dagli statuti della Valcamonica, *Statuta Vallis Camonicae nuper reformata* (Brixiae 1624), Lib. I (Stat. civilia), Cap. 360, pag. 148-149, e parimenti di pubblici editti di citazione dei creditori ereditarî e di un conseguente *giudizio di subordinazione*, è fatto precetto negli Statuti della *Patria del Friuli* del 1673, *Statuti della P. d. Fr. rinovati* (Udine 1745), Cap. 123, pag. 112-114. Analogamente nel § 14 del L. V, Tit. 8 delle *Leggi e Costituzioni piemontesi del 1770*, altra volta citate, sta scritto «fatto l'inventario principierà il giudizio di concorso »e si citeranno tutti i creditori, nella forma prescritta al Lib. III, Tit. »33, § 15 e seguenti.»

2) Cfr. *supra*, n. 30 *ter*, nota 1, a pag. 85-86, e § 40 Lib. III, Tit. 33 delle cit. Leggi e Costit. piemontesi del 1770, titolo relativo alla *cessione dei beni e ai giudizî di concorso*, richiamato in questa materia, come si vide in fine della nota precedente. Ne risulta che i creditori ereditarî e legatarî doveano accontentarsi di ricevere in pagamento i beni, rimasti invenduti nella procedura concursuale, «a giusta stima, »salva però ragione a' primi creditori di conseguire l'utile del terzo, »quando, soddisfatti tutti gli altri, vi restassero tuttavia dei beni ove »prenderlo.»

potuto godere in passato tanto credito, ed oggi pure resista, se non pensando ad un'indebita influenza che, più o meno avvertitamente, il *beneficium dationis in solutum* della Nov. 4, cap. 3 esercitò nella presente questione sull'animo degli interpreti, poco curanti della esattezza cronologica nell' interpretazione dei testi. Mi spiego. Se si considera lo stato delle cose dopochè Giustiniano introdusse colla Nov. 4 cap. 3 il *beneficium dationis in solutum*, certo non vi è questione: di quel beneficio allora potè valersi anche l'erede beneficiario in confronto dei creditori dell'eredità e dei legatarî, come qualsiasi altro creditore, non dunque per un privilegio speciale inerente all'inventario. La questione invece va fatta relativamente al periodo di tempo corso fra la l. 22 Cod. Just. de iure deliber. 6. 30, che introdusse l'inventario e porta la data del 531, e la predetta Novella 4, posteriore di pochi anni, emanata cioè nel 535. È limitatamente a questo quadriennio che si può utilmente indagare, se l'erede beneficiario godesse già, in misura più o meno larga, di quel benefizio della dazione coattiva, che solo più tardi spettò a tutti i debitori senza distinzione. Se così è, mi sembra che un argomento assai forte contro la teoria avversaria, non rilevato per verità da altri suoi oppositori [1]), consista nel-

1) Fra i quali noto in particolare von Buchholtz, *Ueber den Einfluss der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben*, nella *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* del Linde, X Bd (Giessen, Ferber 1837) (pag. 386-449), pag. 418-420, Heimbach nel Weiske's, *Rechtslexicon*, I. Bd. (Leipzig, Wigand 1839) v.° *Beneficium inventarii*, pag. 914-915, Mühlenbruch, *Fortsetzung* del Glück, *Ausführl. Erläuter. der Pand.*, XLI (Erlangen, Palm 1840), § 1469, pag. 375, Tambour, *Du bénéfice d'inventaire* (Auxerre, Perriquet et Rouillé 1856), Prém. Partie (*Dr. romain*), pag. 125, Mackeldey, *Corso di Diritto romano*, trad. Ricci, Vol. II (Milano, Ferrario 1866) § 745, nota 5, pag. 471.

l'assoluto silenzio che la Novella 4 serba riguardo all'erede beneficiario. È mai possibile, io domando, che Giustiniano, sempre così pronto a ricordare, magnificandola, la propria operà legislativa, specialmente se innovatrice, non avesse ricordato, nel dettare la Nov. 4, cap. 3, ch'egli veniva ad estendere con essa a favor d'ogni debitore un benefizio, da lui stesso concesso, non più di quattro anni prima, al solo erede con beneficio d'inventario? Ora di ciò nemmeno una parola si contiene nella Novella, nè poteva contenervisi, io soggiungo, appunto perchè non è menomamente vero che i citati paragrafi della l. 22 Cod. de iure deliber. 6. 30 diano quel diritto all'erede beneficiario. Infatti se il § 4, oltre all'ipotesi di legatarî soddisfatti col retratto dalla vendita di cose ereditarie, fa quella di legatarî soddisfatti *ex ipsis rebus*, gli è perchè il legato, anzichè di somma, poteva essere appunto di determinati oggetti [1]). E men che mai giova all'assunto avversario l'altro passo, cioè il § 6, il quale esamina le conseguenze giuridiche del caso in cui l'erede abbia soddisfatte le ragioni di taluni creditori a danaro o per via di dazioni in pagamento, ma non dice punto che queste dazioni egli potesse imporle ai creditori stessi, ond'è a supporre alluda a dazioni liberamente consentite, com'è regola.

Ed ora diciamo in breve del Diritto vigente. La predetta dazione coattiva, inammissibile dunque secondo il *Corpus iuris*, lo è del pari oggigiorno. L'erede con be-

---

1) Già il GOTOFREDO nel suo *Comm. del Corpus iuris* altra volta citato, dà la seguente esplicazione di quelle parole *vel ex ipsis rebus* del § 4 della l. 22 in esame: «Puta si res illis specialiter sunt legatae »atque ita hoc casu legatariis rebus ipsis seu rerum solutione satis »fieri potest» (nota 15 al detto § 4, nel Tomo III, pag. 1194).

nefizio d'inventario può bensì, a tenore dell'Art. 968, « liberarsi col cedere tutti i beni dell'eredità ai creditori » ed ai legatarî », ma questa disposizione la s'invocherebbe a sproposito come contenente un caso speciale di dazione in pagamento coattiva, essendo oramai concordemente e giustamente ammesso [1]) che ciò di cui si libera l'erede con tal cessione, è semplicemente l'amministrazione e liquidazione dell'eredità: non è che i creditori e legatarî di somme siano costretti a ricevere e ripartirsi quei beni in luogo delle somme loro dovute, ma avviene soltanto che devono essi occuparsi di quell'amministrazione e liquidazione dell'asse, altrimenti incombente all'erede. Imporre a singoli creditori o legatarî di somme di accettare singole cose ereditarie a tacitazione del loro diritto, l'erede nol potrebbe neppur presso di noi, chè nessun testo di legge ve lo autorizza.

Sotto un altro aspetto invece potrà accadere che, per effetto dell'accettazione beneficiaria, un creditore o legatario si trovi costretto a ricevere *aliud pro alio*, cioè quando, rendendosi necessaria la liquidazione dell'asse, esso debba ricevere, anzichè l'oggetto determinato a cui si riferiva il credito o lascito, il suo valore, fors'anche ridotto, data l'ipotesi di insufficienza dell'asse ereditario a soddisfare integralmente crediti e legati [2]).

---

1) Credo superfluo l'accumulare a questo proposito citazioni di commentatori francesi e nostri. Mi limito al dotto e compianto BORSARI, cit. *Comment.*, Vol. III, Parte II, sull'Art. 968, § 2080 A, pag. 1081-1082 e § 2082, pag. 1086-1087, anche perchè egli è tra i pochi che si soffermano a parlare della d. i. p. in relazione al beneficio dell'inventario.

2) Recentissimamente ebbe a pronunciarsi su questa riducibilità dei legati, tuttochè concernenti cose certe e determinate, la Corte di

66. Mi accadde già nel corso del presente lavoro di toccare delle cosidette *obbligazioni reali* (Cfr. *supra* n. 49, pag. 121–122). Con quest'espressione (non indago ora qui se più o meno propria) si allude a quei casi, nei quali un individuo intanto è tenuto ad adempiere un'obbligazione, inquanto si trova in un dato rapporto (ordinariamente di proprietà) con una data cosa, sicchè basta ch'egli si prosciolga da un tale rapporto verso la cosa, perchè cessi altresì la sua obbligazione. Orbene, sarebbe sommamente improprio il discorrere in questi casi di dazione in pagamento coattiva. L'obbligato che abbandona la cosa, per ragione della quale soltanto l'obbligazione sua esisteva ed aveva ragione di esistere, non opera dazione in pagamento, perchè questa è pur sempre un modo di *soddisfare* la propria obbligazione e l'abbandono invece un modo di *non soddisfarla*. Capisco si parli di *facultas alternativa*, e quindi di dazione necessaria (V. *supra* n. 45), quando l'obbligato può *adempiere la sua obbligazione* con una cosa diversa dalla *res debita*: dall'obbligazione egli allora non si svincola e l'alternativa, l'opzione gli è data fra il soddisfarla in un modo e il soddisfarla in un altro: ma qui invece a torto s'invocherebbe tale concetto, perchè l'alternativa, l'opzione data al debitore è ben più larga, cioè egli può scegliere

---

Cassazione di Torino con sent. 23 Dicembre 1887, in causa Vottero-Faggi (*La Legge*, XXVIII (1888) I, 515-516). Ove la necessità della liquidazione non ricorra perchè sia palese la sufficienza dell'asse ereditario al soddisfacimento dei debiti e dei legati, ai creditori e legatarî di cose certe non si potrà dare pecunia in loro vece. Cfr. il citato MONTICULO, *De benef. inv.*, nei cit. *Tractatus varii*, q. 132, n. 8, pag. 196. Parrebbe invece che il GOTOFREDO accordasse *incondizionatamente* all'erede beneficiario simile facoltà. Cfr. il passo di lui citato *supra* (nota 1 a pag. 177).

fra il rimanere e il non rimanere obbligato. In altre parole, l'abbandono della cosa, in simili casi, è un surrogato dell'*obbligazione stessa* e non semplicemente un surrogato della *prestazione dovuta*.

Tipiche a questo riguardo mi sembrano le azioni nossali del Diritto romano: che il padre e il padrone non avessero una responsabilità personale per i danni recati dal *filiusfamilias*, dall'animale, dallo schiavo, lo prova, non foss'altro, il principio *noxa caput sequitur*. Epperò quando, convenuto pel risarcimento, il padre o il padrone dava *noxae* il *caput nocens*, non si può dire per nulla ch'egli *eseguisse* così un'obbligazione personale a lui incombente, prestando *aliud pro alio*; egli non adempieva già l'obbligazione, ma faceva cessare la causa (la relazione fra lui e il *caput nocens*), per effetto della quale soltanto aveva avuto sino allora ragion d'essere quella obbligazione a suo carico. Non tocca a me ricercare perchè i Romani abbiano divisata la cosa a questo modo, e, specialmente in riguardo al danno dato dagli animali, io non mi fermerò a vedere se sia vero ciò che più d'uno sostiene, cioè che questa semplice responsabilità *ob rem* dipendesse dal concetto che fosse l'animale stesso, tuttochè *ratione carens*, direttamente colpevole e responsabile. Questo è certo che, mutato oggidì il fondamento della responsabilità del proprietario dell'animale o di chi se ne serve (di schiavi fortunatamente non si parla più, e quanto alla *noxae datio* di un figlio sarebbe persino ridicolo in oggi il pensarci), sia che la si riponga in una presunzione di colpa, sia che nel servigio ritratto dall'animale [1]), l'obbligazione del risarcimento

---

1) Come sostiene il CHIRONI, cit. *Colpa extracontr.*, II, n. 359, pag. 149-152.

(Art. 1154) è diventata un'obbligazione personale del padrone dell'animale o di chi se ne serve. Epperò egli non potrebbe esonerarsene coll'abbandonare l'animale al danneggiato [1]). Simile abbandono che, dati i principî delle azioni nossali romane, non era una dazione in pagamento coattiva [2]), lo sarebbe invece in oggi, e non vi ha per verità alcuna legge che lo autorizzi.

Appartiene alla stessa categoria in Diritto romano l'obbligazione del proprietario del fondo serviente, nella *servitus oneris ferendi*, di riparare il muro, essendo risaputo che gli era dato liberarsene con l'abbandono del fondo.

Taccio degli oneri reali sorti e moltiplicatisi nell'età di mezzo [3]) e, per restringermi al Codice civile, noto invece nello stesso ordine d'idee l'Art. 549, relativo alle spese di riparazione del muro comune [4]), il 643, relativo alle spese che il titolo costitutivo di una servitù addossasse al proprietario del fondo servente per l'uso o conservazione di essa [5]), il 676, relativo alle spese incombenti

---

1) Conf. CHIRONI, *Op. e Vol. cit.*, n. 360, pag. 152.

2) Già altrove ho notato come qualche Autore ammetta questa erronea costruzione della *noxae datio* (V. *supra*, n. 37, pag. 102, nota 1).

3) Sui quali veggasi PERTILE, *Storia del Diritto italiano*, IV (Padova, Salmin 1874), § 148, pag. 411, per ciò che riguarda il diritto di liberarsene con l'abbandono del fondo gravato.

4) Art. 549: «Qualunque comproprietario di muro comune può »tuttavia esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese delle ripara»zioni e ricostruzioni, rinunziando al diritto di comunione, purchè il »muro comune non sostenga un edificio di sua spettanza, ecc.»

5) Art. 643 «Quando pure il proprietario del fondo servente fosse »tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l'uso o per la »conservazione della servitù, può sempre liberarsene abbandonando »il fondo servente al proprietario del fondo dominante.»

ai comunisti sulla cosa comune [1]), il 1560, relativo al pagamento del canone enfiteutico [2]).

---

1) Art. 676: «Ciascun partecipante ha diritto di obbligare gli al»tri a contribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione »della cosa comune, salva a questi la facoltà di liberarsene coll'ab»bandono dei loro diritti di proprietà.» Cfr. sui motivi di questa disposizione, consoni al nostro assunto, VITA-LEVI, *Della Comunione*, I (Torino, Unione 1884), n. 236, pag. 366-367. Chi tenga presenti le differenze che corrono fra società e comunione e l'indole indubbiamente *personale* delle *obbligazioni* che il *contratto di società* induce fra i contraenti, respingerà con noi l'opinione che estende al socio, in ordine all'obbligazione di che al n. 3 dell'Art. 1723, la facoltà dal citato Art. 676 concessa al comunista. Difende invece fra noi tale opinione il BORSARI, *cit. Comment.*, Vol. IV, Parte I (Torino, Unione 1878) sull'Art. 1723, § 3832, pag. 979, e la espongono pure, senz'ombra però di dimostrazione, il TROPLONG, *Commentaire du contrat de société* (Bruxelles, Meline-Cans 1843), n. 735, pag. 291 e il MATTEI, *cit. Comment.*, Vol. V (Venezia, Naratovich 1874), sull'Art. 1723, n. 12, pag. 622. Errano poi questi due ultimi Autori nel citare, in appoggio della predetta opinione, il n. 192 del *Trattato del contratto di società* del POTHIER. Quel n.° è inserito in Appendice al predetto trattato, che si occupa della *comunione*, ed è in riguardo a questa che il *Pothier* accorda la facoltà dell'abbandono della cosa in sostituzione dell'obbligo di sopportare le spese necessarie. Egli discorre invece di simile obbligo nella *società* al n. 86 di quel Trattato, e quivi non è cenno alcuno della pretesa facoltà di abbandono della cosa per esonerarsi dalle spese. — Non adotterei nemmeno, di fronte alla categorica disposizione dell'Art. 1723, n. 3, lumeggiata *a contrariis* dall'Art. 676, la teoria che sostengono il LAURENT, *Op. cit.*, Vol. XXVI (Bruxelles, 1879), n. 324, pag. 330-331, il PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Vol. VII, 2.e édit. (Paris, Delamotte 1884), sull'Art. 1859 del C. Fr., n. 576, pag. 411 e gli Autori da quest'ultimo citati (fra i quali però impropriamente è collocato il *Troplong*), che cioè si debba distinguere secondo l'entità delle spese, accordando al socio detta facoltà almeno quando le spese sarebbero tali, da richiedere un appello a nuovi fondi. La natura assolutamente personale delle obbligazioni esistenti fra socî darebbe sempre a questa facoltà di abbandono il carattere di una d. i. p. coattiva, e dazioni coattive, l'ho ripetuto sino alla sazietà, non possono ammettersi senza un'esplicita disposizione di legge.

2) Art. 1560: «Se il fondo enfiteutico perisce interamente, l'enfi-

A questo proposito poi affinità di materia ci porta a discorrere di un vero caso di dazione in pagamento necessaria, che verrebbero ad ammettere taluni Autori per ciò che riguarda l'obbligo dell'usufruttuario di eseguire sulla cosa usufruita le riparazioni ordinarie (Art. 605 Cod. fr., 501 Cod. nostro). È giustamente da tutti ammesso, dietro le l. 48 e 64 D. de usufr. et quem. quis ut. fr. 7, 1, che l'usufruttuario, tenuto a tali riparazioni *ob rem*, cioè in quanto ha e gode la cosa, possa, abbandonando il suo diritto, esimersi dalle riparazioni per l'avvenire. Ma c'è chi sostiene per di più ch'egli possa, restituendo i frutti già percepiti, esimersi dall'obbligo delle riparazioni che si sono rese necessarie per lo passato, cioè durante il tempo del suo godimento [1]. Io però tengo l'o-

---

»teuta è liberato dal peso dell'annua prestazione. Se il fondo non è »distrutto che in parte, non può l'enfiteuta pretendere alcuna dimi- »nuzione di canone, ove la rendita della parte che resta, sia suffi- »ciente per pagarlo interamente. *In questo caso però, e semprechè* »*ne sia perita una parte notabile*, l'enfiteuta può rinunziare al suo »diritto, retrocedendo il fondo al concedente.» — Questo Articolo però mostra di non riconoscere a sufficienza la natura di *obligatio ob rem*, propria dell'obbligo di pagare il canone, chè all'enfiteuta dovrebbe *sempre* esser lecito di liberarsene mediante l'abbandono del fondo e non *nel solo caso* che del fondo stesso sia perita una parte notabile, così e come io ritengo, con la dottrina e giurisprudenza meglio attendibili [Cfr. FULCI, *Della enfiteusi* (Firenze, Pellas 1879) n. 34, pag. 44-45 e da ultimo GABBA, *L'enfiteuta che aliena irrequisito domino*, ecc. nel *Monitore dei Tribunali*, XXVIII (1887) pagg. 297-303, 317-323, l'anonimo Sig. *X*, *Osservazioni alla sentenza* ecc. nel periodico *Il Filangieri*, XII, pagg. 79-99, CAGNOLA, *Note sul carattere economico e sociale dell'enfiteusi*, ecc., *ibid.*, pag. 705-734, COGLIOLO, *Le sorti del canone enfiteutico dopo l'alienaz. del fondo*, nell'*Archivio giurid.* XXXIX (1887), pagg. 443-474, *Cass. Torino*, Sent. 24 Febbraio 1888 a Sezioni unite, in causa Banca di Torino-Cingia (*Filangieri*, XIII, p. II, pag. 161], che alienando il fondo l'enfiteuta cessi di dovere il canone.

1) Così, dietro POTHIER, *Trattato del vedovile* (trad. it., Livorno,

pinione opposta, in omaggio al principio « *Aliud pro alio* etc. ». L'usufruttuario, finchè è rimasto tale, rimase altresì obbligato alle riparazioni. Il LAURENT, uno dei più strenui nostri avversarî, ha ragione solo in quanto censura gli Autori che, come fonte di tale obbligazione, accennano ad un quasi contratto, o peggio ancora, ad una specie di quasi contratto. Io dico invece che quest'obbligazione ha per fonte la legge (Art. 1097). La legge ha detto all'usufruttuario: perchè e finchè tu hai il godimento, avrai la correlativa obbligazione di fare le riparazioni ordinarie. E poichè *factum infectum fieri nequit*, sorta questa obbligazione per effetto del godimento avuto, non può l'usufruttuario mutarne a suo arbitrio il contenuto, *alias* imporre al proprietario una dazione in pagamento. Se il godimento della cosa avuto dall'usufruttuario è la *ratio legis* quanto alla sua obbligazione, non ne viene ch'egli possa, sopprimendo *ex post* il fatto costituente quella *ratio*, esimersi dall'obbligazione che definitivamente gli incombe, obbligazione che potrà dirsi *ob rem* se si cerchi la cagione del suo sorgere, ma *personale* oramai una volta ch'è sorta. Oltre di che simile soppressione dello stato di cose, che fece sorgere l'obbligazione dell'usufruttuario, non sarebbe del tutto possibile, non bastando al-

---

Vignozzi 1837), n. 238, pag. 781-782, opinano AUBRY e RAU, *Op. cit.*, Vol. II (Paris, Marchal-Billard 1869), § 231 testo e nota 22, pag. 499-500 e Vol. VI (Paris, Marchal-Billard 1873), § 550 bis, pag. 89 testo e nota 23, e gli Autori ivi citati, ai quali *adde* LAURENT, *Op. cit.*, Vol. VI, n. 547, pag. 684-685. Ivi sono pure citati gli Autori francesi che tengono l'opinione contraria, ai quali devono aggiungersi, fra i nostri, il PACIFICI-MAZZONI, *Cod. civ. it. commentato*, I, sugli Art.[i] 501-505, n. 552, pag. 478-479, il BORSARI, *cit. Comment.*, Vol. II (Torino, Unione 1872), sugli Art.[i] 501-503, § 1004, pag. 392 e il RICCI, *Op., cit.*, Vol. II (2.[a] ed. Torino, Unione 1886), n. 220, pag. 276.

l'uopo la restituzione dei frutti, mentre l'usufrutto, oltre ad essere *ius fruendi*, è *ius utendi*, nè c'è modo che l'usufruttuario restituisca l'uso che della cosa egli ha fatto.

Appendice al Titolo II.

Sommario.

67. Un'occhiata retrospettiva al cammino percorso ci persuade che sono certamente numerosi i casi di dazione in pagamento necessaria, non però tali da scalzare il precetto della volontarietà o incoercibilità della dazione. Questa cioè resta pur sempre la regola, non ismentita nella pratica da costruzioni fantastiche come quella del Hasse, e pienamente giustificata nella scienza in onta agli attacchi dell'Acollas. È anzi questa a buon diritto una delle regole fondamentali in materia di obbligazioni, in quanto risponde all'essenza loro, cioè al concetto di *vincolo a prestazioni determinate*. Onde avviene che, più o meno avvertita, questa massima del non potersi pagare nè esigere *aliud pro alio* diventa il criterio direttivo per la risoluzione di interessanti questioni, alle quali la si direbbe a prima giunta estranea. Proviamolo con qualche esempio.

Data una locazione d'opere, potrà il conduttore cedere ad un terzo il diritto di esigere le opere dal locatore? Questa cedibilità delle opere stipulate pare ammessa dalla l. 3 D. de usu et usufr. etc. 33.2 [1]), all'appoggio della quale il PACIONO dichiara che la facoltà di sublocare, indicata come regola dalla l. 6, Cod. de locat. cond. 4. 65, « licet textus iste loquatur de conductore rei tantum, pro- » cedit etiam in conductore personae seu operarum ut pos- » sit eas sublocare. » [2]). Non sospettò quell'Autore che qui potessero far capolino i principî della dazione in pagamento, e fece applicazione senz' altro delle norme che valgono per la locazione di cose. Invece molte volte alla cedibilità delle opere, da lui affermata in via assoluta, farà ostacolo propriamente la massima che non può il debitore essere costretto a prestare *aliud pro alio*. Chè infatti, trattandosi delle cosidette *operae officiales*, che si contrappongono alle *artificiales* o *fabriles* [3]), la considerazione della persona a cui debbono prestarsi è un elemento qualificativo delle opere stesse, certo essendo che il servire Tizio è cosa *essenzialmente diversa* dal servire Sempronio; » quia *aliae operae* erunt quae Lucio Titio

---

1) Sulla quale veggasi la GLOSSA « *Item et si liber homo locavit etc.* »

2) PACIONI, cit. *Tract. de locat. et conduct.*, Cap. 32, n. 2, col 366.

3) Bene definisce le une e le altre il DE-OLEA, cit. *De cessione iurium et actionum*, Tit. III, quaest. 6, n.i 7, 8, pag. 181 « Officiales » operae dicuntur quae in officio personae consistunt et sine ulla arte » fiunt *et ad personam tantum patroni referuntur*, quales sunt pa- » trono adesse, curare domum vel negotia et alia similia gerere, in » quibus nihil praeter officium absque aliquo artificii genere exerce- » tur. Artificiales seu fabriles operae sunt, quae ad personale ministe- » rium non spectant, sed opus aliquod dumtaxat respiciunt iuxta cu- » iuslibet artificium, ut fabriles, pictoriae, etc.

» dantur », dice Pomponio nella l. 12 D. de operis libertor. 38.1. a spiegazione di quanto egli aveva affermato nella precedente l. 10, § 1, eod., che cioè « libertus ope-» rarum nomine ita iurando: *patrono aut Lucio Titio,* » solvere Lucio Titio non potest, ut a patrono libere-» tur. » [1])

Parimenti, per addurre un altro esempio, il principio del non potersi pagare nè d'altra parte pretendere *aliud pro alio* concorre alla più giusta soluzione del quesito, se, dato il diritto di ritenzione della cosa altrui, possa il ritentore farne suoi i frutti, imputandoli al suo credito o a ciò possa astringerlo il debitore [2]).

67.^{bis} Il sin qui detto spiega perchè l'ulteriore corso del presente studio dovrà aggirarsi intorno alla dazione in pagamento *volontaria*, che, costituendo la regola, deve essere altresì il perno dell'intera trattazione. Che se qualche particolarità degna di nota si colleghi nei suoi effetti alla eccezionale dazione *necessaria*, non mancheremo all'occasione di metterla in rilievo, non foss'altro che per convalidare col mezzo del contrasto i principî che andremo esponendo sulla dazione volontaria.

---

1) Sulla non cedibilità delle *operae officiales* veggasi il De Olea, *loc. cit.*, n.i 13 e segg., pag. 182 e segg., il quale si trattiene anche a dirimere l'antinomia fra le citate leggi dei Dig., de op. libert. 38.1 e la l. 20, § 2, D. de acquir. vel amitt. hered. 29, 2. Cfr. pure Vita-Levi, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, Vol. I (Torino, Unione tip. ed. 1876), n. 62, pag. 51-52.

2) Cfr. Giorgi, *Op. cit.*, Vol. II (2.a ediz., 1885) n. 412, pag. 485-486 e Guarracino, *Il diritto di ritenzione nella legislazione italiana* (Napoli, De Angelis 1884), n. 152, pag. 305-306. — Un altro esempio dell'influenza del nostro principio nella soluzione di disparate questioni, può vedersi nei citati miei *Appunti sulle locazioni*, n. 3 bis, nota 3 (*Riv. it. per le sc. giurid.*, IV, pag. 415).

68. Non si può dare dunque *aliud pro alio invito creditore.* Se lo si fa *quid iuris?* Tale sarebbe il caso, per recarne un esempio, di vendita di merci da piazza a piazza sopra campione, dato che il destinatario acquirente, ritirata la merce, verifichi ch'essa è di qualità diversa da quella ch'egli aveva commessa.

Egli ha pur *ricevuto* allora *aliud pro alio* (Cfr. *supra*, n. 10, pag. 22-23) senza volerlo, e dovrà competergli un' azione per impugnare questa dazione coattiva. Quale precisamente sia quest'azione e come erroneamente da taluni si invochino a questo proposito i principî della redibitoria, anzichè quelli della dazione in pagamento, è cosa che esamineremo in fine del presente lavoro fra le varie cause di nullità o invalidità della dazione in pagamento e precisamente fra quelle provenienti da difetto assoluto o da vizio di consenso.

69. Resta che consideriamo il principio della volontarietà della dazione in pagamento nel campo processuale. Ben poco c'è a dire in Diritto moderno. Dimostrato infatti ch'è regola non potersi chiedere *aliud pro alio*, va da sè che, se lo si fa, la domanda verrà dal giudice respinta, ma non si perde per ciò il diritto d'instaurare un nuovo giudizio, onde chiedere la cosa veramente dovuta.

Importa piuttosto segnalare come fosse così anche nel Diritto romano, persino nel periodo del maggior rigore circa la *pluspetitio.* Questo cioè non si equiparava ai casi di *pluspetitio*, nè quindi produceva la grave conseguenza del *causa cadere.*

Gai., *Comment.*, *IV.* § 55:

« Item palam est si quis aliud pro alio intenderit, ni-
» hil eum periclitari, eumque ex integro agere posse, quia

» nihil ante videtur egisse, veluti si is qui hominem Sti-
» chum petere deberet, Erotem petierit. »

In Diritto giustinianeo per di più è dichiarato che chi avea chiesto *aliud pro alio* poteva nel corso dello stesso giudizio rettificare la sua domanda:

§ *35, Inst. Just. de act. 4.6*:

« . . . in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum » corrigere ei permittimus » [1]).

Il non essere stato il caso in esame classato fra quelli di *pluspetitio*, per i quali nel vecchio Diritto era tanto eccessivo il rigore, si spiega comunemente facendo ricorso alla *consumtio actionis*. Col chiedere *aliud pro alio*, si dice, non viene dedotta punto in giudizio la vera azione derivante dall'obbligazione: essa rimane integra e quindi, quando viene poi esercitata, non vi osta una *exceptio rei iudicatae*. Nei casi invece, in cui l'antico Diritto ravvisava una *pluspetitio*, è stata oramai dedotta in giudizio la vera azione, bensì in modo errato, ed avvenuta la consunzione dell'azione stessa, era impossibile oramai ripresentarla, ostandovi la *res iudicata* [2]). È noto però che il Cogliolo ha fra noi oppugnato questo nesso fra la *pluspetitio* e la *consumtio actionis*, riconducendo invece l'antico rigore per la *pluspetitio* sotto il concetto delle *poenae temere litigan-*

---

1) In Diritto antegiustinianeo è certo che la rettifica si sarà dovuta fare prima della *litiscontestatio*. Cfr. Unterholzner, *Op. cit.*, Vol. I, § 168 I, nota 6, pag. 350.

2) Cfr. Keller, *Der römische Civilprocess und die Actionen* (6.ª Ausg., bearb. von Wach, Leipzig, Tauchnitz 1883), § 44, 3.°, pag. 221, v. Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilprozess*, II Bd. (Bonn, Marcus 1865), § 87, pag. 219-220, comb. col § 103, pag. 499, testo e nota 62, Maynz, *Cours de Droit romain* (4.ª édit.), Vol. I (Bruxelles, Bruylant-Christophe 1876), § 75, pag. 618 e pag. 619, nota 22.

tium [1]. Senonchè, ammessa per un momento la verità di questa teoria del *Cogliolo*, dato che, com'egli dice, si considerasse negli antichi tempi « quasi un'offesa chiedere » ad uno ciò che non doveva ed invocare l'aiuto dello » Stato per diritti non fondati », offesa che si puniva col fargli *perdere rem*, non si capisce davvero perchè si dovesse considerare commessa tale offesa, e incorsa sì grave pena da chi *plus petebat re, tempore, loco vel causa*, e non invece da chi chiedeva *aliud pro alio*. O non sarebbe stato il caso di dire che la *temerarietà della lite* incoata era in quest'ultima ipotesi anche maggiore, specialmente se l'oggetto chiesto in giudizio valeva di più di quello realmente dovuto?

D'altra parte tuttavia debbo confessare che nemmeno il principio della *consumtio actionis* mi dà una ragione soddisfacente del diverso trattamento fra il *plus petere* e l'*aliud pro alio petere*, quantunque le parole del citato passo di Gaio « quia nihil ante videtur egisse » sembrino appoggiare questa spiegazione. Perchè infatti delle due l'una. O si ha riguardo unicamente alla cosa richiesta come formante oggetto della prestazione dovuta [2], e allora si dovrà convenire che, se essa è realmente dedotta in giudizio e vi si consuma nei casi di *pluspetitio re, loco* o *tempore*, ciò non accade invece nella *pluspetitio causa* (quando cioè l'attore domanda una delle più cose formanti oggetto dell'obbligazione alternativa ecc.), più che nel caso in cui si chieda *aliud pro alio*, e quindi la *pluspetitio causa*

---

1) Cogliolo, *Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata*, Vol. I (Torino, Bocca 1883), pag. 117 e segg.

2) Ciò che il Kuntze, *Op. cit.*, 4 Kap., § 23 e segg., pag. 99 e segg., chiama *Leistungsgegenstand*.

non avrebbe dovuto assimilarsi nel grave effetto del *causa cadere* agli altri tre casi di *pluspetitio*, ma bensì lasciare integra l'azione, come quando l'attore « *aliud pro alio* » *intenderit.* » O invece si bada alla qualità del vincolo obbligatorio dedotto in giudizio [1]), cioè, prescindendo dalla cosa richiesta, si tien conto del fatto, che Tizio ha oramai esperita una volta e quindi consumata una determinata azione personale all'appoggio di un determinato titolo, ed allora fra i casi di *pluspetitio* avrebbe dovuto di necessità collocarsi anche il nostro. Il che veramente sarebbe più consono al concetto di consunzione, dato che, come nota il Bethmann-Hollweg [2]) « *Gegenstand der Consum-* » *tion* ist ja immer nur das *behauptete hypothetische* » *dare oportere.* »

Laonde, comunque si consideri la cosa, rimane per noi una singolarità ingiustificata dell'antico Diritto il favore onde si considerò il *petere aliud pro alio* in confronto al rigore della *pluspetitio*, nè ci affanneremo tuttavia a voler scoprire a tutti i costi la chiave dell'enigma, persuasi che « *non omnium, quae a maioribus nostris tradita sunt* » *ratio reddi potest.* »

70. Coi due Titoli svolti nel presente Volume ci sembra di avere esaurita la parte preliminare della nostra monografia. Possedendo ora il concetto della dazione in pagamento e delle sue specie, sorretti dal principio fondamentale, largamente svolto, che la dazione volontaria è la regola, la necessaria l'eccezione, potremo entrare risolutamente, più che non siasi fatto finora, *in medias res.*

---

1) Ciò che il Kuntze, *loc. cit.*, chiama *Obligationsinhalt.*
2) *Op. e Vol. cit.*, pag. 499, nota 62.

A ciò è riservato il Volume secondo, nel quale ai due Titoli qui contenuti terranno dietro i seguenti:

Titolo III. Natura della dazione in pagamento e raffronto con atti analoghi.

» IV. Requisiti della dazione in pagamento.

» V. Effetti della dazione in pagamento.

» VI. Cause per cui la dazione in pagamento viene meno.

INDICE

Sommario: 45. — Come l'esercizio di una *facultas alternativa* importi sempre dazione in pagamento necessaria. — 46. — Esame di taluni casi di d. i. p. necessaria, derivanti appunto da *facultates alternativae* stabilite dalla legge: 1.) Azionî di rescissione per lesione, Art.[i] 1534, 1038 capov. e 1042 — 2.) Collazione ereditaria per imputazione e riduzione di disposizioni testamentarie (Art. 826, 1.° capov.) — 3.) Divisione testamentaria *inter liberos* — 4.) *Facultas alternativa* dei figli legittimi nel modo di soddisfare i diritti successorî dei figli naturali e del coniuge — 5.) Facoltà concessa ai legittimarî dall'Art. 810 del Codice — 6.) Legato di cosa altrui — 47. — Continuazione: 7.) Redimibilità dell'enfiteusi, riscattabilità della rendita perpetua e simili. — 48. — Continuazione: 8.) *Facultas alternativa* spettante a chi deve prestare una fideiussione legale o giudiziale. — 49. — Continuazione: 9.) *Facultas alternativa* concessa al mutuatario dall' Art. 1828: rinvio al successivo n. 56. — 10.) L'Art. 581, capov. e l'Art. 491 del Codice di commercio: ragione del loro collocamento sotto il presente Capo a differenza dei casi di abbandono della cosa nelle vere *obligationes ob rem*. — 50. — L'Art. 645, capov. 2.° e 3.° sul modo di esercizio delle servitù prediali. — 51. — Compensazione fra crediti di diversa natura (Art. 1287 capov.). — 52. — Obbligazioni alternative: Art. 1181. — 53. — L'Art. 1479, relativo a difetto od eccesso di misura di più fondi venduti (o locati, Art. 1614) collo stesso contratto per un solo prezzo. — 54. — L'Art. 1096, relativo all'azione di riduzione esperita da legittimarî o riservatarî lesi. Suoi limiti in riguardo al no-

R. UNIVERSITA' DI PADOVA
ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO
141

Errata	*Corrige.*
pag. 72 *testo* lin. penult. neccessaria	necessaria
» 75 *note* linea 2 pag. 86	pag. 76
» 75 *note* linea 13 contra creditorem	contra debitorem
» 76 *testo* linea 7-8 accepisse	eccepisse
» 76 *testo* linea 8 eventi	aventi